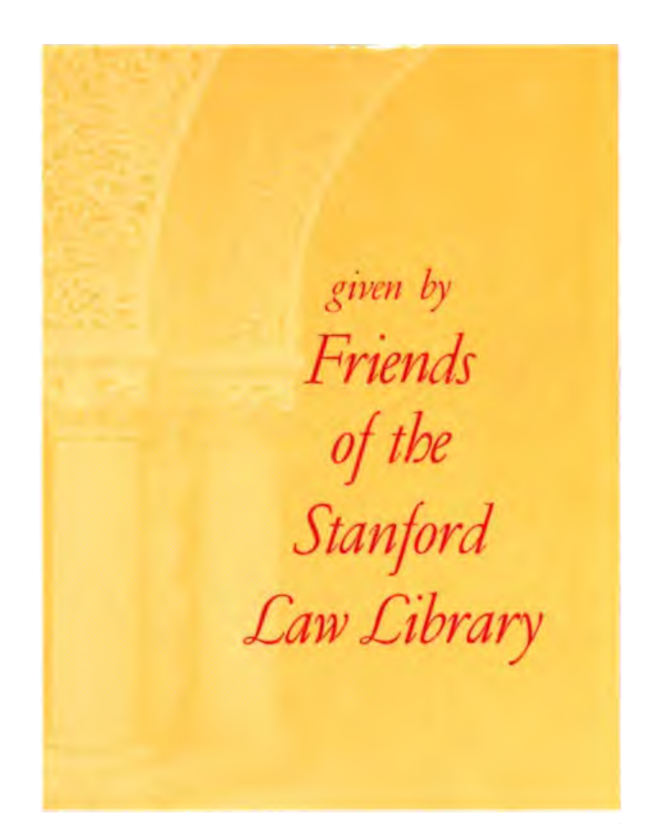

given by
Friends
of the
Stanford
Law Library

ŒUVRES
POSTHUMES
DE M. POTHIER.

TOME SECOND.

ŒUVRES POSTHUMES DE M. POTHIER,

DÉDIÉES A MONSEIGNEUR

LE GARDE DES SCEAUX DE FRANCE.

TOME SECOND,

CONTENANT *les Traités des Successions; des Propres; des Donations Testamentaires; des Donations Entre-vifs; des Personnes & des Choses.*



A PARIS,

Chez DE BURE, fils aîné, Libraire, rue Serpente, Hôtel Ferrand, nº. 6.

M. DCC. LXXVIII.

AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.

AVIS
DU LIBRAIRE.

IL n'y a point de Juriſconſulte en France, ni même chez l'Étranger, qui ne connoiſſe un Livre qui a pour titre (PANDECTÆ JUSTINIANEÆ, IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ: *3 Vol. in-folio*), imprimé à Chartres, chez LE TELLIER, en 1748: on n'ignore pas qui en eſt l'Auteur.

On ſait que M. le Chancelier D'AGUESSEAU choiſit M. POTHIER, Conſeiller au Préſidial d'Orléans, pour réaliſer le projet conçu depuis long-tems, de faire une nouvelle collection des Loix Romaines diſtribuées dans leur ordre naturel, & d'en éclaircir le ſens par des Notes auſſi ſavantes que claires & préciſes.

C'eſt après avoir exécuté ce projet d'une maniere qui répondoit aux vues du Chef de la Magiſtrature, qu'il a compoſé les différens Traités que nous donnons au Public. Les PANDECTES ſont donc un Livre précieux, & qui manque aujourd'hui, par le peu d'exemplaires qu'on en a avoit tirés dans le tems qu'il a été imprimé. On ne le rencontre que dans les ventes de Bibliotheques conſidérables, & il eſt toujours pouſſé à un prix exorbitant.

L'Étranger en ayant enlevé plus de la moitié de l'édition, il en reſte très-peu d'exemplaires en France; & j'oſe aſſurer qu'on n'en trouveroit pas ſix exemplaires chez tous les Libraires du Royaume.

Le bruit qu'on a répandu depuis deux ou trois ans, que l'on alloit réimprimer cet ouvrage, l'a fait diminuer de prix, lorſqu'il s'en trouve un exemplaire dans une vente. Mais cette entrepriſe eſt de conſéquence, & ne ſe peut faire ſans ſe procurer l'Exemplaire ſur lequel M. POTHIER a travaillé pendant dix ans après ſon impreſſion.

Quoique M. POTHIER eût passé une quantité d'années à ce travail immense, il ne le jugea cependant pas exempt de corrections & d'augmentations, & après son impression, il s'y remit de nouveau, & nous a laissé un Exemplaire rempli de notes & de corrections écrites de sa propre main.

Cet Exemplaire fut vendu à sa vente, & fut adjugé à un Docteur-Régent en Droit (1), en l'Université d'Orléans, qui en connoissoit le mérite.

Cette vente étoit cependant garnie de Libraires de Paris & d'Orléans, mais qui vraisemblablement ne firent pas, dans le moment, les attentions requises en pareilles circonstances.

Cet Exemplaire est d'autant plus précieux, qu'il contient des Notes, où M. POTHIER a changé d'avis, & on doit présumer qu'il ne l'aura fait qu'en conséquence de l'érudition qu'il possédoit.

L'Acquéreur a donc bien voulu faire un sacrifice de ce dépôt précieux en notre faveur; il est actuellement entre nos mains, & c'est sur cet Exemplaire que nous nous proposons de donner une nouvelle Édition, lorsque nous en aurons obtenu la permission du Chef de la Magistrature; son zele pour l'éclaircissement des Loix nous assure de son suffrage : mais auparavant, il faut achever l'engagement que nous avons pris envers le public, en lui annonçant les *Œuvres Posthumes* de ce grand homme; ce qui ne pourra être exécuté qu'à la fin de l'année prochaine.

Quoique, dans le troisieme Volume *in*-12 & dans le premier Volume *in*-4°. nous ayons donné un *Avis* au sujet des Contrefaçons des *Œuvres Posthumes* de M. POTHIER, nous sommes encore obligés de prévenir le Public qu'il a paru, en 1774, une Édition de la *Procédure Civile*, sous le nom de M. POTHIER; que cette Édition faite clandestinement, sans Permission ni Privilege, n'a pu être faite que sur un Manuscrit informe, & copié

(1) M. GUYOT, Éditeur des Œuvres Posthumes de M. POTHIER.

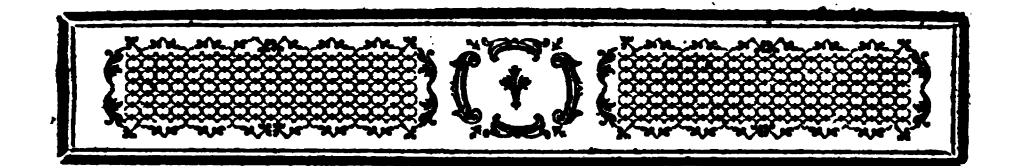
au hasard par quelqu'Écolier. Il n'est pas possible dans cet *Avis* de relever les fautes & les omissions que contient cette premiere Édition; & nous l'aurions laissée dans l'oubli, s'il ne nous étoit pas tombé entre les mains un autre Exemplaire portant le titre de *Nouvelle Édition, revue, corrigée & augmentée;* imprimée en 1776, avec Approbation & Privilege du Roi, en date du 3 Mai 1775, à l'adresse de JOSEPH DUPLAIN, *Libraire à Lyon*, & de la *Veuve* ROUZEAU-MONTAUT, *Imprimeur à Orléans*, qui n'en a jamais eu aucun Exemplaire. On ne peut disconvenir que ce Traité ne soit une ébauche de celui que se proposoit l'Auteur de mettre au jour; ou l'ébauche même, copiée par un homme sans connoissance. La preuve en est si évidente, qu'à la *page* 180 du premier Volume, on lit : « Si la Partie a été assignée en reprise, » ou en constitution de nouveau Procureur, & que cette assigna- » tion ne soit suivie d'aucune procédure pendant le tems ordi- » naire, les uns pensent qu'il y a lieu seulement à la péremption » de la demande en reprise; d'autres à la péremption de l'ins- » tance principale. M. POTHIER, d'Orléans, est pour ce dernier » sentiment, parce qu'il prétend que l'assignation en reprise, ou » en constitution, renouvelle l'instance, même avant qu'elle ait » été déclarée reprise ». Il faut avouer qu'il faut être bien maladroit pour annoncer un Ouvrage sous le nom d'un Auteur, & ensuite le citer, lorsqu'il s'agit d'une décision. Quoique la seconde Édition soit annoncée comme revue, corrigée & augmentée, on y lit la même chose à la *page* 181. L'augmentation n'est pas considérable, puisque le premier Volume de la premiere Édition contient 328 *pages*, & celui de la seconde 329.

Le Libraire s'étant apperçu, mais trop tard, que l'augmentation qu'il annonçoit n'étoit pas convaincante, qu'a-t-il fait? Il a retranché une ligne sur toutes les pages du second Volume, & a fait espacer autant qu'il a été possible; ce qui lui a donné 27 *pages* de plus, si bien, qu'au lieu de finir à la *page* 433, il finit à

la *page* 459. Ces sortes de fraudes ne peuvent s'appercevoir que par ceux qui ont une pleine connoissance de la Typographie : cependant, en comptant les lignes de la premiere Édition du second Volume, on en trouve 29, & 28 à la seconde. L'augmentation n'est donc que la précaution qu'a eu le Libraire de diminuer les pages d'une ligne à la seconde Édition. Quant aux corrections, il n'est pas possible de s'en appercevoir; & on ne dit point de qui elles sont : il faudroit du moins que le Correcteur se nommât, pour juger de sa capacité.

En outre, on a fait deux Volumes de ce Traité, en l'imprimant sur des pages courtes & étroites; & nous nous proposons de n'en faire que deux Volumes, en y joignant le *Traité de la Procédure Criminelle*, du même Auteur, qui contiendra au moins 330 pages d'impression, voulant remplir nos engagemens, ayant annoncé les Œuvres Posthumes de ce grand homme. Ils paroîtront, au plus tard, à la fin de Juin prochain, & le Public nous rendra justice, en conférant les deux Éditions. Tous les Volumes que nous donnerons seront toujours ornés du même Fleuron au titre & signés de nous, à la fin de l'*Avis* ou au Frontispice. Cette précaution est pour obvier aux Contrefaçons, qui, malgré les sages précautions du Gouvernement se multiplient journellement.

TABLE



TABLE

Des Chapitres, Sections, Articles & Paragraphes contenus dans ce Volume.

TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

Fin de la Table du Traité des Successions.

TRAITÉ DES PROPRES.

SECTION PREMIERE.

SECTION II.

SECTION III.

SECTION IV.

Fin de la Table du Traité des Propres.

TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

CHAPITRE VII.

Regle

Fin de la Table du Traité des Donations Testamentaires.

TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION PREMIERE.

SECTION II.

SECTION III.

Fin de la Table du Traité des Donations Entre-vifs.

TRAITÉ DES PERSONNES ET DES CHOSES.

PREMIERE PARTIE.

TITRE PREMIER.

TITRE II.

TITRE III.

TITRE IV.

TITRE V.

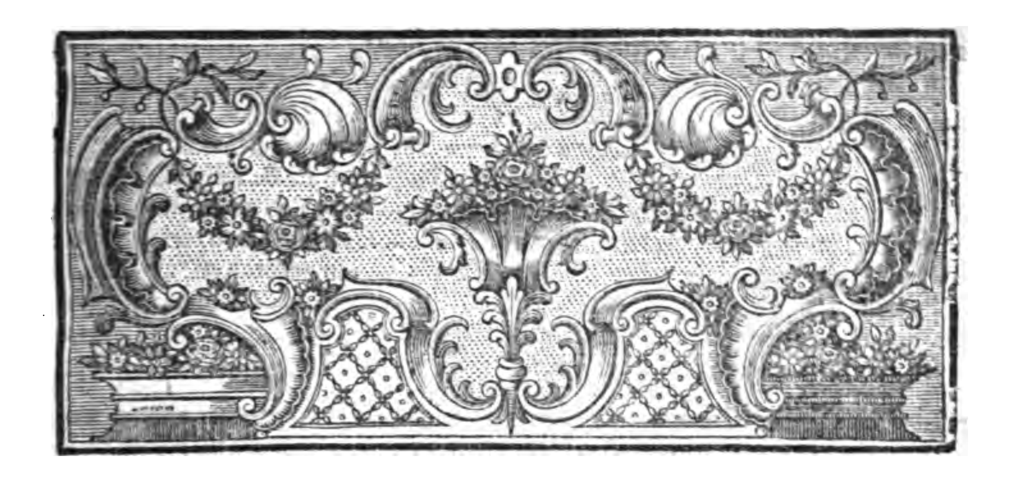
TITRE VI.

TITRE VII.

SECONDE PARTIE.

Fin de la Table du Traité des Personnes & des Choses.

TRAITÉ



TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La Succeſſion eſt la tranſmiſſion des droits actifs & paſſifs d'un défunt en la perſonne de ſon héritier.

Un héritier, eſt celui qui ſuccède à tous ces droits, par la mort de celui en la perſonne duquel ils compétoient.

L'univerſalité des droits actifs & paſſifs, conſidérée indépendamment de la tranſmiſſion qui s'en fait en la perſonne de l'Héritier, s'appelle auſſi Succeſſion. S'il n'y a aucun Héritier en la perſonne de qui elle ſe tranſmette, cette univerſalité des droits actifs & paſſifs du défunt, s'appelle en ce cas Succeſſion vacante.

Par le Droit Romain, il y a deux eſpeces de Succeſſions, la teſtamentaire & la légitime. Suivant ce Droit, chacun peut ſe choiſir ſes Succeſſeurs à ſes droits actifs & paſſifs, en les inſtituant ſes Héritiers par ſon teſtament.

Au premier cas, la tranſmiſſion qui ſe fait des droits actifs & paſſifs du défunt, s'appelle *Succeſſion teſtamentaire*.

La Succeſſion légitime ou ab inteſtat, eſt au contraire, la tranſmiſſion que la Loi fait des droits actifs & paſſifs d'un défunt en la perſonne de ceux de ſes parens qu'elle appelle à ſa Succeſſion.

Suivant le Droit Romain, cette Succeſſion n'avoit lieu qu'à défaut d'Héritier teſtamentaire.

Le Droit Coutumier n'admet que la Succeſſion légitime.

Les Coutumes de Paris, art. 299, d'Orléans, art. 287, & plusieurs autres, s'en expliquent en ces termes : *institution d'Héritier n'a lieu*.

Pour procéder avec ordre dans la matiere des Successions, nous traiterons dans un *premier Chapitre*, des personnes qui ont le droit de les transmettre, de celles qui sont capables de succéder; dans un *second*, de l'ordre des Successions; dans un *troisieme*, de leur ouverture, de leur acceptation ou répudiation; dans un *quatrieme*, du partage des Successions, des rapports qui s'y font & de l'incompatibilité des qualités d'Héritier & de Légataire; dans un *cinquieme*, des dettes & autres charges des Successions; enfin, dans un *sixieme*, nous traiterons des Successions irrégulieres.

CHAPITRE PREMIER.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur Succession, & de celles qui sont capables de succéder.

SECTION PREMIERE.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur Succession.

LE droit de Succession, tant active que passive, est du Droit Civil; car c'est la Loi Civile qui défére la Succession des défunts, & qui appelle les personnes qui doivent la recueillir. De-là il suit qu'il n'y a que les Citoyens qui jouissent de la vie civile, qui aient le droit de transmettre leur Succession.

Il y a deux especes de Citoyens qui ont, les uns & les autres, le droit de transmettre leur Succession; savoir les François naturels & ceux que le Prince a bien voulu naturaliser.

Les François naturels sont ceux qui sont nés en France, ou dans quelques pays sujets à l'obéissance du Roi, tels que sont ceux qui sont nés dans les Colonies françoises, & dans les pays où les François ont des établissemens. Ceux qui sont nés dans un pays conquis par le Roi, soit avant, soit depuis la conquête, sont François, & ils ne cessent point de l'être, quoique par les Traités de paix ce pays ait été rendu, s'ils n'y sont pas restés depuis qu'il a été rendu, & qu'ils se soient établis dans les Etats de la domination du Roi.

Il en est autrement de ceux qui ne sont nés que depuis le Traité par lequel le pays a été rendu, car ils n'ont jamais été sujets du Roi.

Ceux qui sont nés en pays étrangers, mais d'un pere François qui n'y étoit point établi, & qui n'avoit point perdu l'esprit de retour en France, sont aussi, par leur origine, François.

Les naturalisés sont les étrangers établis dans le Royaume, qui ont obtenu du Roi les droits de François naturels.

L'établissement de domicile que fait un étranger en France, quelque long-temps qu'il y ait demeuré, ne le naturalise point, ni même le mariage qu'il y contracte avec une femme Françoise; il ne peut être naturalisé que par des Lettres-Patentes du Roi, obtenues en grande Chancellerie, & enregistrées en la Cour de Parlement & en la Chambre des Comptes, dans le ressort desquelles est son domicile.

Les Lettres-Patentes par lesquelles le Roi accorde à quelqu'un le droit de posséder un Office ou Bénéfice, n'équipollent point à des Lettres de naturalisation.

Par un Privilege particulier accordé aux étrangers qui servent le Roi dans sa marine, ces personnes établies en France, sont après un service de vingt ans, naturalisées, & jouissent de tous les droits des naturels François, sans avoir besoin d'obtenir des Lettres de naturalisation.

Pour avoir le droit de transmettre sa Succession, il est indifférent d'être né en légitime mariage ou bâtard. Un bâtard a, par lui-même en sa qualité de Citoyen, le droit de transmettre sa Succession, & il la transmet effectivement à ses enfans, & à défaut d'enfans, à la veuve; ou si c'est une bâtarde, à son mari. Si un bâtard ne peut avoir d'autres héritiers que ces personnes, ce n'est pas par défaut de capacité en sa personne pour la transmettre, mais c'est qu'un bâtard n'a point d'autres parens pour la recueillir.

Par les principes que nous venons d'établir touchant les qualités qu'il faut avoir pour transmettre sa Succession, il est facile de connoître les personnes qui n'ont pas ce droit. Ce sont, 1°. les Etrangers ou Aubains non naturalisés : 2°. les François qui ont perdu les droits de Citoyen par une abdication de leur patrie, & l'établissement en pays étranger : 3°. ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale; 4°. les Religieux : 5°. les Serfs mortaillables.

§. I.

Des étrangers ou Aubains non naturalisés.

Nous avons vu ci-dessus qui sont ceux qui sont François naturels; toutes les autres personnes sont appelées Etrangers ou Aubains, *quasi alibi nati*.

Réguliérement les Etrangers ou Aubains non naturalisés, n'ont pas le droit de transmettre leur Succession. Le Roi a celui de s'emparer, après leur mort, de tous leurs biens, meubles & immeubles qui se trouvent dans le Royaume : c'est ce qu'on appelle droit d'aubaine. Cette régle reçoit plusieurs exceptions.

La premiere qui est générale & commune à tous les Aubains, c'est qu'un Aubain, quoique non naturalisé, qui a un enfant né & établi dans le Royaume ou autres Etats de Sa Majesté, peut lui transmettre sa Succession. Cette exception est fondée sur la faveur que méritent les enfans. La raison naturelle qui destine aux enfans les biens de leur pere, pourvû

qu'ils aient la capacité de les recevoir, l'a emporté sur la raison tirée du Droit qui rend incapables les Etrangers de transmettre leur Succession.

Il ne suffit pas que les enfans de l'Etranger non naturalisé soient établis dans le Royaume, pour qu'il puisse leur transmettre sa Succession, il faut qu'ils y soient nés.

Néanmoins quoiqu'ils ne soient pas nés en France, s'ils sont naturalisés; leurs pere & mere non naturalisés pourront leur transmettre leur Succession, comme ils peuvent la transmettre aux enfans nés en France; car la naturalisation de ces enfans leur donne les mêmes droits que s'ils étoient nés en France; c'est l'avis de Bacquet.

Une seconde exception, qui est aussi commune à tous les Etrangers, concerne les rentes que le Roi a créées, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine. Les Etrangers qui en sont propriétaires, peuvent transmettre leur Succession à leurs enfans, pour raison desdites rentes seulement.

La troisieme concerne les sujets de certaines Nations, qui, par des traités faits avec le Roi & leur Nation, sont exempts du droit d'aubaine, & peuvent par conséquent transmettre à leurs parens la Succession de leurs biens-meubles, lorsqu'ils meurent en France; il faut, à cet égard, suivre ce qui est porté par ces différens traités.

Cette exception du droit d'aubaine doit cesser dans les cas de guerre avec ces Nations, car la déclaration de guerre rompt tous les traités.

Pour que ce privilege revive lors de la paix, il faut le stipuler lors du traité de paix.

La quatrieme concerne les Marchands fréquentans les foires de Lyon, lesquels transmettent à leurs parens leur Succession mobilière, s'ils meurent en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font; mais cette exemption du droit d'aubaine ne s'étend pas aux rentes constituées qui leur appartiendroient, ni encore moins aux héritages.

La cinquieme concerne les Ambassadeurs, Envoyés, Résidens, Ministres étrangers & gens de leur suite, lesquels peuvent transmettre la Succession de leurs meubles seulement, lorsqu'ils demeurent en France : c'est l'avis de Bacquet.

La sixieme concerne les Docteurs-Régens & Ecoliers des Universités, lesquels sont aussi exempts du droit d'aubaine pour la Succession de leurs meubles; néanmoins Bacquet conteste ce privilege.

§. II.

Des François qui ont perdu les droits de Citoyens par une abdication de leur patrie, & établissement en pays étranger.

Le François qui a abdiqué sa patrie par un établissement en pays étranger, perd ses droits de Citoyen; & est incapable de transmettre à ses

enfans ou autres parens, la Succeſſion des biens qu'il a en France, & le Roi a droit de s'en emparer, comme des biens d'un Aubain.

Il eſt vrai que Bacquet rapporte un Arrêt contraire à cette propoſition, qui a jugé contre le Procureur du Roi, en faveur des parens d'un nommé Lucain. La Succeſſion de ce Lucain, qui, pendant les troubles, s'étoit retiré dans les Pays-Bas, où il étoit mort pourvu d'une Cure, fut déférée à ſes parens. Mais depuis, l'Edit de 1669 a fait défenſes à tous les ſujets du Roi de s'établir, ſans ſa permiſſion, dans les pays étrangers, par mariage, acquiſitions d'immeubles, tranſport de leur famille & biens, pour y prendre un établiſſement ſtable & ſans retour, à peine de confiſcation de corps & de biens, & d'être réputés étrangers.

Ces peines ne s'encourent pas à la vérité *ipſo facto ;* & quelque marque qu'un homme ait donnée de ſa volonté de s'établir pour perpétuelle demeure en pays étranger, s'il revient en France avant qu'on ait intenté contre lui l'accuſation de déſertion, il conſerve tous les droits de Regnicole.

Mais ſi, après avoir formé quelqu'un des ſuſdits établiſſemens en pays étranger, ſans avoir depuis donné aucune marque d'eſprit de retour, il vient à y mourir, je penſe qu'il ne peut y être regardé comme François, ni par conſéquent comme capable de tranſmettre ſa Succeſſion, & que le Roi peut s'emparer de ſes biens qui ſont en France.

Il n'eſt pas douteux que les François qui forment des établiſſemens de commerce dans les Etats du grand Seigneur, ſous la protection des Conſuls François qui y réſident, quoiqu'ils s'y marient, ou y acquierent quelques immeubles, ne ſont point cenſés pour cela abdiquer leur patrie; mais plutôt n'y reſter que pour leur commerce, & avec l'eſprit de retour, lorſqu'ils ceſſeront de commercer; c'eſt pourquoi ils ne ſont point ſujets aux peines de l'Edit de 1669; & s'ils meurent dans leſdits Etats, ils tranſmettent à leurs parens la Succeſſion de leurs biens. Il en ſeroit autrement, s'ils avoient embraſſé le Mahométiſme; c'eſt une preuve non équivoque qu'ils ont perdu l'eſprit de retour.

§. III.

De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.

Les condamnations à une peine capitale, lorſqu'elles ſont prononcées par un Jugement contradictoire en dernier reſſort, ou confirmées par Arrêts ou par Jugemens par défaut, lorſque le condamné eſt mort après les cinq ans du jour de l'exécution du Jugement par effigie ou tableau, ſans s'être repréſenté, emporte mort civile & confiſcation des biens du condamné, & par conſéquent, le rendent incapable de tranſmettre ſa Succeſſion.

Ces peines ſont celles de la mort naturelle, des galeres à perpétuité, du banniſſement perpétuel hors le Royaume. Les condamnations à mort pour délits militaires par Sentence de Conſeil de Guerre, n'emportent

point mort civile; ni confiscation, & par conséquent le condamné transmet sa Succession.

Il y a des provinces où la confiscation n'a pas lieu. Le condamné à peine capitale, transmet la Succession des biens qu'il a, situés dans ces provinces.

§. IV.

Des Religieux.

Celui qui fait profession religieuse, est censé jouir encore de la vie civile au moment qu'il l'abdique volontairement par la profession, & par une fiction semblable à celle de la Loi *Cornelia*; il est censé mourir en cet instant auquel il jouit encore de la vie civile : il est par conséquent encore capable de transmettre sa Succession. C'est pourquoi sa profession donne lieu à sa Succession; mais quand une fois il est Religieux & a fait profession, il n'est plus capable de transmettre à ses parens la Succession de ce qu'il peut acquérir par la suite. 1°. Parce qu'il ne jouit plus de l'état civil, ni par conséquent du droit de transmettre ses biens par Succession, qui en fait partie. 2°. Parce que sa qualité de Religieux l'empêchant de pouvoir avoir rien en propre, tout ce qu'il acquiert, il est censé l'acquérir à son Monastere, de même que, par le Droit Romain, ceux qui étoient sous la puissance d'autrui, acquéroient à ceux sous la puissance desquels ils étoient, tout ce qu'ils acquéroient; il est donc censé n'avoir que l'usufruit ou l'administration de toutes les choses qu'il acquiert; il ne peut donc les transmettre par Succession, le Monastere les retient *jure peculii*.

Il faut excepter de cette décision le Religieux-Evêque, l'éminence de cette dignité lui rend la vie civile, & l'affranchit de la puissance des Supérieurs Monastiques; c'est pourquoi il transmet à ses parens sa Succession.

§. V.

Des Serfs mortaillables.

Il y a dans quelques Coutumes des gens d'une certaine condition, dont les biens appartiennent, après leur mort, à leur Seigneur, & qui ne les peuvent, par conséquent, transmettre par Succession, si ce n'est à leurs enfans ou parens avec lesquels ils vivoient en communauté. On appelle ces gens de corps-mortaillables. Nous en avons parlé au Traité de la Division des personnes. Nous y renvoyons.

SECTION II.

Des personnes qui peuvent succéder.

Pour pouvoir succéder, il faut, 1°, exister lors de l'ouverture de la Succession; 2°. il faut jouir de la vie civile; 3°. il faut être parent du défunt au dégré requis par l'ordre que la Loi a établi pour les Successions.

ARTICLE PREMIER.

De l'existence nécessaire pour succéder.

Le néant ne peut avoir aucune propriété : c'est pourquoi il est évident qu'il faut, avant toutes choses, exister pour être capable de succéder; & comme la capacité de succéder est requise précisément au temps de l'ouverture de la Succession; parce que, suivant la régle, *le mort saisit le vif*, c'est dans ce temps que l'Héritier est saisi de la Succession, & qu'il ne peut être saisi de la Succession, s'il n'est alors capable de succéder; il s'ensuit que personne ne peut prétendre avoir succédé à quelqu'un, s'il n'existoit pas lors de l'ouverture de la Succession.

De-là il suit que celui qui n'étoit ni né ni conçu lors de l'ouverture de la Succession du défunt, ne peut prétendre la Succession; c'est pourquoi si une personne, lors de sa mort, avoit un fils & des cousins, que ce fils ait renoncé à la Succession, qu'un an après la mort du défunt, il soit né de ce fils un enfant, pour lequel on réclame la Succession de son aïeul, qui s'est depuis manifestée être avantageuse par l'arrivée d'un vaisseau, sur lequel le défunt avoit un gros intérêt, & qu'on croyoit perdu, ce petit-fils ne sera point recevable dans la demande qu'il fait de la Succession de son aïeul, parce que n'étant ni né ni conçu lors de la mort de son aïeul, il n'étoit point capable de lui succéder; les cousins du défunt, par la renonciation du fils, sont censés avoir été saisis de la Succession, dès l'instant de la mort du défunt.

On doit suivre la même décision, même vis-à-vis du fisc à défaut de parens du défunt. Ce petit-fils n'étant ni né ni conçu lors de l'ouverture de la Succession, ne peut y avoir aucun droit : les biens ont été, comme vacans, déférés au fisc.

Il faut décider autrement à l'égard des posthumes. L'enfant ou autre parent du défunt qui n'étoit pas encore né, à la vérité, lors de la mort du défunt qui a donné ouverture à sa Succession, mais qui étoit au moins conçu, succede au défunt lorsqu'il naît, comme s'il fût déjà né lors de l'ouverture de la Succession, suivant cette régle de Droit, *qui in utero est, pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*. Le tems de sa naissance a, en ce cas, un effet rétroactif au temps de sa conception.

Pour que le posthume puisse être réputé avoir succédé, il faut qu'il soit né vivant; car celui qui naît mort, n'a jamais été au monde, & par conséquent n'a jamais pu être capable de succéder. *Qui mortui nascuntur, nequè nati, nequè procreati videntur : quia nunquàm liberi appellari potuerunt, L.* 129, *ff. de verb. signif.* Cela est conforme à la Loi 3, §. 9, *ff. de suis & legit. hæred. utiquè ex lege duodecim tabularum ad legitimam hæreditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus.*

Il faut aussi qu'il soit né à terme. Un avorton, quand même il auroit quelqu'instant de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder.

Au reste, l'enfant qui naît dans le septieme mois, est censé né à terme; suivant la constitution d'Antonin le Pieux, & le sentiment d'Hypocrate. *L.* 9, §. 12. *de suis & legit. hared.*

Lorsqu'il est incertain si le posthume est venu vivant, & par conséquent s'il a été héritier, c'est à ceux qui ont intérêt qu'il l'ait été à le justifier, suivant la maxime, *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Cette question peut avoir lieu entre une veuve qui est accouchée après la mort de son mari, & les parens collatéraux de son mari. C'est à la veuve, qui prétend la Succession de son mari, comme ayant succédé à son enfant, qui avoit succédé à son pere, à prouver que son enfant a vécu pour pouvoir succéder à son pere; faute par elle de le prouver, les biens mobiliers de son mari appartiendront aux parens collatéraux de son mari.

Des principes que nous avons établis, il résulte la décision de la question suivante. Pierre, lors de sa mort, a laissé pour son héritier Philippe, son cousin germain & plus proche parent. Les enfans de Jacques, qui étoit aussi cousin germain du défunt, & qui s'est absenté avant la mort du défunt sans qu'on ait eu aucune nouvelle de lui, & qu'on ait su ce qu'il est devenu, prétendent que Jacques leur pere doit être présumé vivant, & avoir, conjointement avec Philippe, succédé à Pierre : & en conséquence s'étant fait envoyer en possession des biens de leur pere comme absent, ils demandent à partager avec Philippe les biens de Pierre. Y sont-ils bien fondés ? Il faut, suivant les principes établis ci-dessus, décider qu'ils n'y sont pas fondés; car pour que Jacques leur pere ait succédé à Pierre, il faut qu'il ait existé, qu'il ait été vivant lors de la mort de Pierre. Dans l'incertitude où l'on est s'il étoit vivant ou non pour lors, & si en conséquence il a succédé, c'est à ses enfans, qui le soutiennent, à le prouver, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit;* faute de pouvoir le prouver, Philippe doit avoir congé de leur demande.

Les enfans de Jacques, pour établir leur demande, allégueront une prétendue maxime qui se trouve à la tête du Recueil de Lacombe, qu'un homme est présumé vivre cent ans. La réponse est que cette maxime est très-fausse, & que les Loix sur lesquelles les Praticiens, de qui il l'a empruntée, ont coutume de la fonder, sont très-mal appliquées. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *præsumptio ex eo quod plerumquè fit.* Cujac. *in Paratit. ad tit. de probatio. & præsumptio.* D'où il suit que, pour qu'un homme dût être présumé vivre cent ans, il faudroit que le tems de cent ans fût la durée ordinaire des hommes; il faudroit qu'il n'arrivât que très-rarement qu'un homme mourût avant l'âge de cent ans. Or, l'expérience nous convainc du contraire. Il est donc faux qu'un homme doive être présumé vivre cent ans. Les Loix que les Praticiens alléguent pour établir cette maxime, sont la Loi 56, ff. *de usuf.* la Loi 23, *cod. de sacro sanct. Eccles.* & autres, où il est dit que le temps de cent ans est le temps de la vie des hommes qui vivent le plus long-temps, *is finis longævi hominis.* Mais ces Loix n'établissent point leur maxime, mais une très-différente; savoir qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans, ce qui est différent de ce qu'ils disent, qu'un homme est présumé

vivre cent ans. Qu'un homme soit présumé ne pas vivre plus de cent ans ; cela est conforme à la nature des présomptions, *præsumptio ex eo quod plerumquè fit.* C'est pourquoi, quoiqu'il y ait quelques hommes qui vivent au-delà de cent ans, le cas en est très-rare; & il arrive au contraire très-communément, que les hommes meurent avant cet âge. Toutes les fois donc qu'un Demandeur sera obligé de prouver la mort d'une personne pour fonder sa demande, comme s'il demande un profit qu'il prétend lui être dû par la mort de cette personne, qui lui a été donnée pour Vicaire; s'il demande un legs qui lui a été fait sous condition de la mort d'une personne; en ces cas & autres semblables, le Demandeur, en justifiant par le rapport de l'extrait baptistaire de cette personne, qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, sera dispensé de prouver sa mort; car elle sera présumée, parce qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans; mais s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre; & de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le Demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort; de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espece ci-dessus proposée, le Demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

ARTICLE II.

De la vie civile nécessaire pour succéder.

Les Successions étant du Droit civil, comme nous l'avons déjà observé, il s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile; de-là il suit que ni les Aubains qui ne sont pas naturalisés, ni les François qui ont abdiqué leur patrie par un établissement en pays étranger, ni ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à peine capitale, ni les Religieux ne peuvent succéder.

§. I.

Des Aubains.

Les Aubains qui ne sont pas naturalisés, n'ayant pas l'état civil, ne sont capables d'aucune Succession en France, ni directe, ni collatérale.

Cette régle souffre une premiere exception, dans le cas auquel des enfans Aubains, non naturalisés, pourvu néanmoins qu'ils soient domiciliés dans le Royaume, se trouvent concourir à la Succession de leur pere ou mere, ou autres ascendans, avec d'autres enfans qui sont François ou naturalisés; en ce cas, ces enfans non naturalisés, lesquels s'ils eussent été seuls, n'eussent pu être admis à la Succession de leurs pere ou mere, ou

autres ascendans, sont admis à y concourir avec les autres enfans qui en sont capables, la capacité qu'ils ont n'étant pas de leur chef. *Nec enim novum in jure quod quis ex personâ suâ non habet, ex alterius personæ concursu & beneficio id habeat. tit. ff. de bonor. possess. cont. tabul.*

La raison de ceci, est que le droit d'aubaine du Roi étant exclus par les enfans François ou naturalisés, le Roi est mis hors d'intérêt. Il n'a plus d'intérêt d'opposer aux enfans Aubains leur qualité d'Aubain, & leur incapacité à cette Succession, puisque cette Succession ne le peut regarder. Il n'y a donc plus que les enfans François ou naturalisés qui pourroient opposer à ceux qui ne le sont pas, cette qualité d'Aubain; mais il a paru qu'il ne seroit pas équitable qu'on les reçût à vouloir exclure leurs freres d'une Succession que la nature même leur défere aussi bien qu'à eux. Cette décision a lieu, soit que les enfans François soient de la même branche que les Aubains, soit qu'ils soient de différentes branches.

Hors ce cas de la Succession directe, les Aubains, non naturalisés, sont exclus de la Succession de leurs parens, non-seulement par le Roi, mais par les parens François du défunt.

La regle que les Aubains ne succédent point en France, souffre une seconde exception à l'égard de la Succession des personnes, qui, soit en conséquence des traités faits avec la Nation, soit à cause de leur qualité d'Ambassadeurs, Résidens, &c. de fréquentans les foires de Lyon, d'Ecoliers de Droit, &c. sont exempts du droit d'aubaine; car les parens de ces personnes, quoiqu'étrangeres, quoique domiciliées hors le Royaume, leur succedent, au moins aux choses pour lesquelles leur Succession est exempte du droit d'aubaine.

Au reste, quoique par un traité, les sujets d'une certaine Nation soient exempts du droit d'aubaine en France, cela ne leur donne que le droit de Succession passive, s'ils décédent en France, ils n'ont pas pour cela le droit de Succession active, à moins que le traité ne comprenne expressément les droits de l'une & de l'autre Succession.

Une troisieme exception regarde les rentes que le Roi a créées exemptes du droit d'aubaine, auxquelles les parens étrangers, & non domiciliés dans le Royaume, succédent à l'étranger propriétaire desdites rentes.

§. II.

Des personnes établies en pays étranger.

Il est certain que le François qui abdique sa patrie, perd les droits de naturel François, & par conséquent le droit de succéder en France; mais tant qu'on ne lui a pas fait son procès pour crime de désertion, & qu'il n'est point intervenu de Sentence contre lui, quelque marque qu'il ait donné d'établissement en pays étranger, son retour en France doit faire présumer qu'il n'a point abdiqué sa patrie; & en conséquence il doit être admis aux Successions de ses parens, même à celles qui seroient échues avant sont retour, pourvu qu'il affirme qu'il entend demeurer en France.

Comme cette déclaration peut être suspecte, on a quelquefois, en pareil cas, admis un héritier à la Succession, sous la condition qu'il ne pourroit en aliéner les biens.

Lorsqu'un François est mort dans le pays étranger, après avoir donné quelque marque qui fait présumer l'esprit d'un établissement perpétuel en pays étranger, & d'une abdication de sa patrie, il ne peut pas être réputé avoir succédé à ses parens, morts pendant qu'il étoit dans le pays étranger.

Que s'il n'a donné aucune de ces marques d'établissement en pays étranger, quelque long-temps qu'il y ait demeuré, & quoiqu'il y soit mort sans revenir, il aura succédé à ses parens, morts en France pendant qu'il étoit en pays étranger.

§. III.

De ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale.

Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation à une peine capitale, sont incapables de succéder.

Pour que la condamnation à une peine capitale fasse perdre à quelqu'un la vie civile & le droit de succéder, il faut que cette condamnation soit prononcée par un Jugement contradictoire en dernier ressort, ou qui ait été confirmé par Arrêt; ou, si elle a été portée par un Jugement rendu par contumace, il faut qu'il se soit écoulé cinq ans depuis l'exécution de ce Jugement, par effigie ou tableau, sans que le condamné se soit représenté.

De-là il suit que celui qui est accusé d'un crime capital, est capable de succéder, tant qu'il n'est point encore condamné, & qu'il succéde effectivement à ses parens, morts depuis l'accusation intentée contre lui, quand même il seroit par la suite condamné.

A l'égard de celui qui a été condamné par un Jugement contradictoire qui n'est pas en dernier ressort, son état civil, ou sa capacité de succéder, est en suspens depuis ce Jugement, & par conséquent s'il est confirmé, il a été incapable de succéder à ses parens, qui seroient morts depuis ce Jugement.

Si, au contraire, le Jugement a été infirmé, ou si le condamné est mort pendant l'appel, le Jugement étant, en l'un & l'autre cas, privé de tout effet, le condamné sera toujours censé avoir conservé son état civil, & aura, par conséquent, succédé à ses parens, morts depuis ce Jugement.

Si l'Arrêt qui a infirmé le premier Jugement, portoit aussi condamnation d'une peine différente, à la vérité, de celle portée par le premier Jugement, mais pareillement capitale, comme si quelqu'un avoit été condamné à mort par le premier Jugement, & par l'Arrêt à la peine des galeres à perpétuité, *aut vice versâ;* en l'un & l'autre cas, je pense qu'il a conservé l'état civil jusqu'au jour de l'Arrêt, & qu'en conséquence il a été capable de succéder à ses parens morts dans le temps intermédiaire du

premier Jugement & de l'Arrêt; car ce n'est pas la condamnation portée par le premier Jugement qui a pu lui faire perdre la vie civile, puisqu'elle n'a pas eu lieu, c'est la condamnation portée par l'Arrêt; ce n'est donc que l'Arrêt qui lui a fait perdre la vie civile, il ne l'a pas perdue plutôt, & par conséquent, il a été jusques à ce temps capable de succéder.

Il en seroit autrement, si le premier Jugement n'étoit infirmé que par rapport à la demande ou à l'intérêt civil, & si l'Arrêt avoit laissé subsister la condamnation de la peine capitale portée par le premier Jugement, il sera en ce cas réputé avoir perdu l'état civil par le premier Jugement; & par conséquent avoir été, dès ce temps, incapable de succéder.

Observez aussi que ce qui a été dit, que le condamné à une peine capitale, qui meurt pendant l'appel, est réputé n'avoir jamais perdu l'état civil, reçoit exception dans le cas du crime de lèze-Majesté au premier chef; car comme l'accusation de ce crime, & par conséquent l'appel peuvent se poursuivre après la mort, il faudra attendre l'événement de l'appel.

L'état civil de celui qui a été condamné à une peine capitale, par un Jugement rendu par contumace, est pareillement en suspens. S'il meurt après le terme de cinq ans, qui lui est donné pour se représenter, & qui se compte du jour de l'exécution de ce Jugement faite par tableau, sans qu'il se soit représenté, ou qu'il ait été constitué prisonnier; il est censé avoir perdu son état civil du jour de l'exécution du Jugement, & par conséquent, il n'a pu succéder à ses parens, morts depuis.

Que s'il est mort avant le terme de cinq ans expiré, il est censé n'avoir jamais perdu son état civil, & par conséquent, il a toujours été capable de succéder.

Il en est de même s'il s'est représenté, ou s'il a été constitué prisonnier, quoiqu'après les cinq ans; car par sa représentation, le Jugement de contumace est mis à néant, comme s'il n'y en avoit jamais eu, & par conséquent, il est censé avoir toujours conservé son état civil & sa capacité de succéder.

Cette décision a-t-elle lieu, même dans le cas auquel le condamné, qui s'est représenté ou constitué prisonnier, auroit été de nouveau condamné à une peine capitale par Jugement contradictoire? Il semble que la décision doit avoir lieu, même en ce cas; car la contumace ayant été mise à néant, ce n'est point même en ce cas, par le Jugement rendu par contumace, que le condamné a perdu la vie civile, mais par le Jugement contradictoire intervenu depuis, ce n'est point une simple confirmation de celui qui a été rendu par contumace; car ayant été mis à néant, il ne peut être confirmé. Le condamné n'ayant perdu l'état civil que par le Jugement contradictoire, il s'ensuit qu'il a été capable de succéder jusqu'à ce temps; néanmoins Lebrun cite des Arrêts qui ont jugé que le condamné, qui ne s'est représenté qu'après les cinq ans, étoit réputé avoir perdu la vie civile dès le temps de l'exécution de la Sentence par contumace, à moins qu'il ne fût absous par le Jugement contradictoire. Voyez les Arrêts.

§. IV.

Des Religieux.

Les Religieux qui ont fait profeſſion, ſelon les regles du Royaume que nous avons expliquées au Titre de la diviſion des perſonnes, ſont incapables de ſuccéder.

Cette incapacité vient de deux cauſes, dont chacune eſt ſuffiſante pour les rendre incapables de ſuccéder. La premiere, eſt la perte qu'ils font de l'état civil par la profeſſion religieuſe. La ſeconde, eſt le vœu de pauvreté qui les rend incapables d'acquérir des immeubles, & par conſéquent, de recueillir aucune Succeſſion, ne fût-ce qu'une Succeſſion mobilière, *quia univerſitas mobilium ſapit quid immobile.*

C'eſt par cette ſeconde raiſon que les Religieux, quoique reſtitués à la vie civile par l'Epiſcopat, demeurent néanmoins incapables de ſuccéder à leurs parens.

Le Religieux, quoique diſpenſé de ſes vœux par le Pape, demeure incapable de ſuccéder; car la puiſſance du Pape, qui eſt toute ſpirituelle, ne peut lui rendre la vie civile qu'il a perdue.

Les Jéſuites, après les premiers vœux, ſont vrais Religieux, & par conſéquent, ne jouiſſant pas de l'état civil, ils ſont donc incapables de ſuccéder pendant qu'ils ſont dans la Société; mais comme ils peuvent être congédiés de la Société, leur état civil eſt plutôt en ſuſpens qu'il n'eſt perdu; car s'ils ſont congédiés & retournent au ſiecle, ils ſont cenſés ne l'avoir jamais perdu, par une fiction ſemblable à celle *juris poſt liminii*, par laquelle, ſelon le Droit Romain, un Romain pris par les ennemis, lorſqu'il étoit de retour, étoit cenſé n'avoir jamais été en captivité, & n'avoir jamais perdu la vie civile. En conſéquence de cette fiction, le Jéſuite congédié eſt cenſé avoir ſuccédé à ſes parens, morts pendant qu'il étoit Jéſuite; & ceux qui ont recueilli cette Succeſſion doivent la lui rendre, ou en total, s'il étoit le plus proche héritier, ou pour la partie à laquelle il eſt cenſé avoir ſuccédé; mais ils ne ſont pas tenus envers lui à aucune reſtitution des fruits de cette Succeſſion. C'eſt ce qui eſt porté par la Déclaration du Roi, du mois de Juillet 1715.

Obſervez auſſi que, ſuivant cette Déclaration, il faut que le Jéſuite ſoit congédié avant l'âge de trente-trois ans, pour avoir droit à ces Succeſſions; autrement, non-ſeulement il n'a point de droit aux Succeſſions de ſes parens, morts pendant qu'il étoit Jéſuite, il eſt même, ſuivant cette Déclaration, incapable des Succeſſions qui écherroient depuis; ce qui a été établi pour le repos des familles, dans leſquelles on a pu prendre des engagemens relatifs au juſte ſujet qu'on avoit de croire qu'ils ne retourneroient pas au ſiécle. Voyez ce qui a été dit au Titre de la diviſion des perſonnes.

Les Chevaliers de Malte, lorſqu'ils ont fait leurs vœux, ſont de vrais Religieux, & par conſéquent, ils ſont incapables de ſuccéder à leurs

parens; mais la Jurisprudence a établi qu'ils puissent demander des pensions alimentaires, pour en jouir seulement jusques à ce qu'ils soient pourvus d'une Commanderie.

Les Brefs que le Pape accorde quelquefois à ces Chevaliers pour pouvoir succéder, n'ont aucun effet en France, car le Pape n'y a aucun pouvoir pour toutes les choses qui sont de l'ordre politique & séculier, tel qu'est le droit de succéder. Les François connoissent trop l'importance des fonctions du Souverain Pontife, & les bornes que le doigt de Dieu a mises à sa puissance, pour le voir indifféremment s'immiscer dans l'administration des affaires temporelles. Ils sont inviolablement attachés à ce principe : *Jus dicens extra territorium, jus non dicit*. C'est pourquoi ses décisions en matieres civiles, ne sont d'aucun poids chez nous.

ARTICLE III.

De la Parenté.

Il faut être parent du défunt pour être capable de lui succéder, sauf qu'à défaut de parens, la veuve du défunt ou le veuf de la défunte, soient admis à lui succéder.

§. I.

Ce que c'est que Parenté.

On appelle parens des personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent d'une même souche commune. Les premiers, c'est-à-dire, les personnes dont l'une descend de l'autre, sont parens en ligne directe; les autres, c'est-à-dire, ceux qui descendent d'une souche commune, sont parens en ligne collatérale. Par exemple, un pere & un fils sont parens; un aïeul & un petit-fils sont parens; car l'une de ces personnes descend de l'autre : le fils descend de son pere, le petit-fils descend de son aïeul. Deux freres sont parens, un oncle & un neveu sont parens; deux cousins sont parens, car toutes ces personnes descendent d'une souche commune. Les freres descendent d'un même pere ou d'une même mere; l'oncle & le neveu descendent d'une même personne, qui est le pere ou la mere de l'oncle ou l'aïeul du neveu; les cousins descendent aussi d'une même personne, d'un même aïeul, ou d'un même bisaïeul, ou d'un autre ascendant plus éloigné.

La parenté est donc une liaison entre deux personnes, dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent l'une & l'autre d'une même souche commune.

§. II.

Des Lignes & Degrés de Parenté.

La parenté que chaque personne peut avoir avec ses différens parens se divise en trois lignes, la directe descendante, la directe ascendante, & la collatérale.

La parenté de ligne directe descendante est celle que j'ai avec ceux qui descendent de moi; celle de la ligne directe ascendante, est celle que j'ai avec ceux de qui je descends; celle de la ligne collatérale, est celle que j'ai avec ceux qui descendent d'une même souche que moi.

La parenté se forme par une ou plusieurs générations; & c'est le nombre de ces générations qui fait le nombre du degré de parenté.

La parenté qui est entre un pere & une mere, & leur fils ou fille, est une parenté qui se forme par une seule génération, & par conséquent, est une parenté au premier degré.

La parenté entre un aïeul & son petit-fils, est une parenté au second degré; car c'est par deux générations que le petit-fils descend de son aïeul; par la même raison la parenté du bisaïeul avec son arriere petit-fils, est au troisieme degré; ainsi des autres.

Pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter le nombre des générations qu'il y a eu depuis l'un de ces parens, jusqu'à la souche commune d'où ils descendent, & depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre parent.

Suivant cette maniere de parler, il n'y a point de premier degré de parenté en ligne collatérale.

Les freres sont au second degré; car il faut deux générations pour former la parenté qui est entr'eux.

L'oncle & la tante sont au troisieme degré, avec le neveu ou la niece, car il faut trois générations pour former cette parenté; savoir, deux pour monter de la personne du neveu, jusqu'à la souche commune, qui est son aïeul, & une pour descendre depuis cette souche commune, jusqu'à l'oncle, qui est fils de la personne qui fait la souche commune. Les cousins germains sont au quatrieme degré, car il faut quatre générations, deux pour monter de l'un des cousins germains à leur aïeul, qui est la souche commune, & deux pour descendre depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre cousin germain.

Suivant la même regle, deux cousins, dont l'un a le germain sur l'autre, c'est-à-dire, dont l'un étoit cousin germain du pere ou de la mere de l'autre, sont entr'eux au cinquieme degré de parenté; deux cousins issus de germain sont au sixieme; ainsi des autres.

C'est cette maniere de compter les degrés en collatérale, tirée du Droit Civil, que nous suivons dans l'ordre des Successions; mais il est à propos d'observer, qu'il y a une autre maniere de les compter, tirée du Droit Canonique, qui est suivie dans les autres matieres pour les degrés de parenté qui forment un empêchement au mariage, ou qui forment une cause de récusation de Juge ou de Témoins.

Au lieu que, par la computation du Droit Civil, on compte les générations de l'une & l'autre personne de la parenté desquelles il s'agit, au contraire, selon la computation du Droit Canonique, on ne compte les générations que de l'une de ces personnes, suivant cette regle, *in lineâ collaterali æquali quoto quæque persona gradu distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se*; par exemple, suivant cette regle, les freres

sont au premier degré de parenté, les cousins germains au second, les issus des germains au troisieme, *& sic de cæteris gradibus*.

Si l'un des deux parens est plus éloigné que l'autre de la souche commune, on compte les générations de la personne la plus éloignée de la souche, selon cette autre regle : *in lineâ collaterali inæquali quoto gradu personna remotior distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se*. Par exemple, l'oncle & le neveu sont entr'eux au second degré, parce que le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, en est éloigné de deux générations.

Il paroît que cette computation du Droit Canonique est peu exacte; aussi, comme nous venons de le dire, nous ne la suivons pas pour les Successions, mais celle du Droit Civil, qui a été ci-dessus expliquée.

§. III.

Quelle parenté donne droit de succéder?

Toute parenté ne donne pas droit de succéder; il faut que deux choses concourent touchant la parenté : 1°. qu'elle soit légitime : 2°. qu'elle soit au degré auquel, selon l'ordre prescrit par la Loi, la succession est déférée.

Nous remettons à parler de cet ordre au Chapitre suivant.

Le principe que nous avançons, qu'il n'y a que la parenté légitime qui donne droit de succéder, se trouve écrit dans notre Coutume, art. 310.

Le Droit Romain faisoit une distinction entre le pere & la mere; il n'y avoit que la parenté légitime qui donnât le droit de succéder entre le pere & les enfans, parce qu'ils ne reconnoissent pour leur pere que celui qui l'est par un mariage, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Mais la parenté purement naturelle suffisoit pour établir le droit de succession entre la mere & les enfans bâtards, entre les enfans & leurs parens naturels, parce que *mater semper est certa*, cette distinction n'a pas lieu dans notre Droit François, il ne reconnoît aucune autre parenté qui puisse donner droit de succéder; c'est pourquoi notre Coutume dit indistinctement, *enfans bâtards ne succédent*.

Ils ne succédent pas plus à leur mere & à leurs parens naturels qu'à leur pere.

Pareillement leur pere & leur mere ne leur succédent point, parce que la parenté qui est entr'eux étant formée par une conjonction illégitime, n'est point une parenté légitime qui puisse donner droit de succéder.

Mais un bâtard peut succéder à ses enfans qu'il a eus d'un légitime mariage, parce que la parenté qui est entre lui & ses enfans, est une parenté légitime, puisqu'elle procéde d'un légitime mariage.

Lorsqu'une parenté est formée par plusieurs générations, il faut, pour qu'elle soit légitime, & qu'elle donne le droit de succéder, que toutes ces générations proviennent d'une conjonction légitime, s'il y en a une seule qui provienne d'une conjonction illégitime, la parenté n'est pas légitime, & ne peut donner ce droit de succéder,

Suivant

Suivant ce principe, si j'ai eu un bâtard qui ait eu un fils né de légitime mariage, la parenté qui est entre mon petit-fils & moi n'est pas une parenté légitime, qui puisse nous donner droit de succéder l'un à l'autre, parce que des deux générations dont elle est formée, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

Par la même raison, si, outre ce bâtard, j'ai eu un autre fils né de légitime mariage, qui est l'oncle du fils du bâtard, cet oncle ne sera pas habile à succéder à son neveu, ni le neveu à son oncle, parce que des trois générations qui forment la parenté entre cet oncle & ce neveu, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

§. IV.

Quelles conjonctions sont légitimes ?

Il n'y a de légitime conjonction que le mariage valablement & légitimement contracté.

Un mariage dans lequel se rencontre un empêchement dirimant, ne peut donc pas former une parenté légitime; *putà*, s'il péche dans la forme, n'ayant pas été contracté en face d'Eglise, si l'une des parties étoit engagée dans les Ordres Sacrés, ou dans la Profession Religieuse, *&c.* Ce n'est pas ici le lieu de rapporter les différens empêchemens dirimans qui peuvent annuller les mariages; nous les avons détaillés dans un Traité particulier du Mariage.

Quoiqu'un mariage nul ne soit pas une conjonction légitime, néanmoins quelquefois il équipolle à une conjonction légitime, à cause de la bonne foi des parties; car, tant qu'elles ont une juste cause d'ignorance de l'empêchement dirimant, le mariage, quoiqu'il soit illégitime, équipolle à une conjonction légitime, & forme une parenté légitime: par exemple, si on a cru un homme péri dans un naufrage, & que sa femme, sur un certificat en bonne forme de la mort de son mari, en ait épousé un autre, & que son premier mari, qu'on croyoit péri, étant échappé du naufrage, vienne à reparoître, il est certain que le second mariage de la femme est nul; néanmoins à cause de la bonne foi des parties, il équipollera à une conjonction légitime, & ses enfans, qui en sont nés, pourvu qu'ils aient été connus pendant que la bonne foi duroit, c'est-à-dire, avant le retour du premier mari, qu'on croyoit mort, seront réputés légitimes.

Il ne faut même que la bonne foi de l'une des parties pour donner à un mariage nul les effets d'une conjonction légitime: par exemple, si une femme épouse un homme qu'elle ignore être engagé dans les Ordres Sacrés, ou dans la Profession Religieuse, ce mariage, quoique nul en soi, aura, à cause de la bonne foi de la femme, les effets d'une conjonction légitime, & formera une parenté légitime: les enfans succéderont à leurs parens; mais je ne pense pas que le pere, qui étoit en mauvaise foi, dût leur succéder, car il en est indigne.

Ce que nous venons d'établir est fondé sur le Chapitre, *cum inhibitis*. §. *si quis*, tiré du Concile de Latran, sous Innocent III, au titre des Décrétales, *de clandestinâ desponf. Proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes.....contrahere præsumpserunt.* Au contraire, ils sont légitimes s'ils l'ont ignoré. Cela est encore établi par les Décrétales, *Capit. ex tenore X. Qui filii sunt legitimi.* Lebrun rapporte des Arrêts qui ont adopté ces dispositions canoniques.

Il y a des mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils par nos Loix; ces mariages sont valablement contractés; mais ils ne sont pas légitimement contractés; ils ne sont pas une conjonction légitime, & par conséquent ne forment point de parenté légitime qui puisse donner le droit de succéder. Tels sont les mariages qui, ayant été contractés dans la forme prescrite par les Loix, ont néanmoins été tenus cachés jusqu'à la mort de l'un des conjoints. L'Ordonnance de 1639, art. 5, prive ces mariages des effets civils: *Déclarons que les enfans qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenus ou tiendront cachés durant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, soient incapables de toute Succession, aussi-bien que leur postérité.*

On prouve qu'un mariage a été tenu secret, lorsqu'il paroît par des actes que la femme n'a pas pris le nom de son mari; comme aussi, lorsque les parties ont eu des habitations séparées, lorsqu'une servante que son maître a épousée, est demeurée dans son état de servante.

L'Ordonnance de 1639, article 6, prive des effets civils une autre espece de mariage: *Nous voulons que la même peine (de l'incapacité de succéder) ait lieu contre les enfans nés de femmes que les peres ont entretenues, & qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie.*

L'Edit de 1697 a étendu cet article aux mariages des femmes qui, à l'extrémité de la vie, épouseroient des hommes avec qui elles auroient vécu dans le libertinage.

Il faut le concours de deux choses pour qu'un mariage soit privé des effets civils, suivant la disposition de ces Loix. 1°. Qu'il ait été contracté à l'extrémité de la vie. 2°. Qu'il ait été précédé d'un concubinage ou mauvais commerce entre les parties.

Il ne suffiroit pas qu'il y eût des soupçons de ce mauvais commerce; il faut des preuves positives; c'est ce qui est établi par un Arrêt du 8 Juillet 1675, rapporté au premier volume du Journal du Palais, qui a jugé qu'un mariage fait *in extremis* dans la chambre du malade, avec la dispense de publication de bans, devoit avoir les effets civils, faute de preuve positive de mauvais commerce qui eût précédé entre les parties, quoiqu'il y eût eu des présomptions.

Un mariage seroit-il censé fait *à l'extrémité de la vie*, si un des contractans, qui étoit en santé lors de la célébration, mouroit subitement le lendemain ou le jour même? Non; l'Ordonnance entend par mariage fait à l'extrémité de la vie, celui qui a été contracté par celui qui savoit toucher à sa fin, & qui étoit malade de la derniere maladie dont il est mort. L'Ordonnance a voulu punir ceux qui attendoient à l'extrémité de la vie

à réparer le scandale d'un mauvais commerce par un mariage légitime. Celui qui étoit en pleine santé, quoiqu'à la veille de sa mort, qu'il n'avoit pas sujet de croire si prochaine, n'a pas eu la volonté d'attendre à la fin de sa vie à réparer le scandale, puisqu'il l'a réparé dans un temps où il n'avoit aucun sujet de croire qu'il fût à l'extrémité de sa vie, & par conséquent le mariage qu'il a contracté ne doit point être sujet aux peines de l'Ordonnance.

Il paroît y avoir un peu de difficulté lorsqu'une femme, la veille de ses couches, épouse un homme avec qui elle a vécu depuis long-temps en libertinage, & meurt ensuite en couches; néanmoins il a été jugé, par Arrêt du 5 Septembre 1655, rapporté au Journal du Palais, que ce mariage n'étoit point censé fait à l'extrémité de la vie, & avoit les effets civils. Car, quoique l'état de grossesse soit un état qui mette la femme en danger de sa vie, néanmoins c'est un état naturel; la grossesse n'est point une maladie; la femme est dans le cas de craindre, mais non de désespérer de sa vie.

Lorsque le mariage a été contracté pendant la derniere maladie de l'un des conjoints, qui, dès le temps de la célébration, avoit un trait prochain à la mort, le mariage est sujet à la peine de l'Ordonnance. Au reste, la Jurisprudence n'a point fixé l'intervalle du temps qu'il falloit qu'il y eût en ce cas entre la célébration & la mort.

Il a été jugé, par un Arrêt du 28 Février 1672, rapporté au premier volume du Journal du Palais, qu'un mariage contracté par un homme blessé à mort avec sa concubine, étoit sujet aux peines de l'Ordonnance, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours.

Le troisieme cas, auquel un mariage, quoique valablement contracté, n'a pas les effets civils, & ne peut former une parenté légitime, c'est lorsqu'un des contractans est mort civilement. La raison en est évidente : les personnes mortes civilement ne participent point à l'état civil; elles sont donc incapables d'une conjonction civile; le mariage qu'elles contractent ne peut donc être qu'un mariage naturel, & non pas un mariage qui ait les effets civils. Cela est établi par l'Ordonnance de 1639, art. 6, qui prononce la peine de l'incapacité de succéder contre les enfans procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par Sentence rendue par défaut, si, avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier état. Ces termes de l'Ordonnance, *condamnés à mort*, ne s'entendent pas seulement de la condamnation à mort naturelle, mais de la condamnation à une peine qui emporte mort civile, telle qu'est celle des galeres à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le Royaume. Ceux qui sont condamnés à ces peines, perdant, par la condamnation, l'état civil, sont incapables d'un mariage qui ait les effets civils. Lebrun rapporte un Arrêt qui l'a jugé à l'égard d'un nommé Tillon, qui avoit contracté mariage après avoir été banni hors du Royaume.

Si le condamné qui, depuis la condamnation par contumace, a contracté mariage, est mort dans les cinq ans qui sont accordés pour se représenter, son mariage aura-t'il les effets civils ? Oui, car il meurt *integri status*. Son état, qui étoit en suspens par la Sentence, est confirmé par sa

mort, arrivée dans les cinq ans, comme nous l'avons vu en la Section premiere, il est censé n'avoir jamais perdu l'état civil, & par conséquent son mariage doit avoir les effets civils; les termes de l'Ordonnance, *même par Sentence rendue par défaut*, doivent être restreints au cas auquel il mourroit après les cinq ans. Cela paroît même par les termes qui suivent, *si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état*, puisque les condamnés par défaut, lorsqu'ils meurent pendant les cinq ans, sont non-seulement remis en leur état civil, mais sont censés ne l'avoir jamais perdu.

Ces termes, *s'ils n'ont été remis au premier état*, &c. font connoître que si le condamné obtient, depuis son mariage, des Lettres d'abolition qui lui rendent l'état civil, cette réhabilitation de sa personne réhabilite le mariage qu'il a contracté, lui rend les effets civils, & donne aux enfans qui en sont nés, quoique, avant les Lettres d'abolition, les droits de parenté légitime, & la capacité de succéder.

Si la personne que le condamné à mort a épousée ignoroit l'état de ce condamné, sa bonne foi purgeroit-elle le vice de ce mariage, & donneroit-elle aux enfans les droits de parenté légitime? Lebrun décide pour l'affirmative, & son avis me paroît juste; car, si la bonne foi purge le vice d'un mariage absolument nul, & donne aux enfans qui en sont nés les droits de parenté légitime, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus; cette bonne foi doit, par la même raison, produire le même effet à l'égard d'un mariage qui n'est nul que quant aux effets civils. Il est vrai que par une raison particuliere, ces enfans ne peuvent succéder à celui qui a été condamné; & cette raison est, qu'il est incapable de transmettre sa succession, mais il pourroit succéder, & à l'autre conjoint, & à tous leurs parens, même à ceux du côté du condamné, ainsi que cela a été jugé à l'égard des enfans du sieur de la Rocheboisseau, nés du mariage par lui contracté depuis sa condamnation. Lebrun rapporte ce fait d'après Henrys.

L'Ordonnance ne parle que du mariage que le condamné a contracté depuis sa condamnation; la condamnation ne dissout pas celui qu'il a contracté auparavant; & je pense que les enfans qui en naissent, quoique depuis la condamnation, ont les droits de parenté civile, non pour succéder au condamné, qui est incapable de transmettre sa succession, mais pour succéder à ses autres parens.

Il est évident que les conjonctions entre personnes qui n'ont contracté aucun mariage ensemble, telles que sont le concubinage, la fornication, ne sont pas des conjonctions légitimes; mais le vice de ces conjonctions peut être purgé par un mariage légitime que les personnes contractent par la suite ensemble; c'est ce qui s'appelle légitimation par mariage subséquent.

§. V.

De la légitimation par mariage subséquent.

Cette espece de légitimation tire son origine d'une constitution de Constantin, abrogée par Zénon, L. 5. Cod. *de natur. lib.* renouvellée par

Justinien, Legib. 10 & 11. Codice d. t° ...... & beaucoup augmentée *par la Novelle 18ᵉ Cap. ult. & par la Novelle 78ᵉ. Cap. 4ᵉ.* du même Empereur. Sur cette légitimation, il y a quatre Questions principales. 1°. Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent ? 2°. Quel mariage peut purger ce vice ? 3°. S'il faut pour cela un instrument & des conventions de mariage ? 4°. Quel est l'effet de cette légitimation ?

QUESTION PREMIERE.

Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent ?

La légitimation a été inventée pour légitimer les enfans nés *ex concubinatu.* Ce *concubinatus* étoit un vrai mariage naturel auquel il ne manquoit que les effets civils, & qui étoit permis par les Loix, *per Leges nomen assumpsit: L. 3. §. 1. ff. de concubin.*

Quoique par nos mœurs le concubinage soit très-différent, qu'il ne soit point un vrai mariage, mais une conjonction illicite, néanmoins le vice de cette conjonction peut être purgé par le mariage subséquent, & les enfans qui en sont nés rendus légitimes.

Il en est de même d'une simple conjonction passagere d'un homme avec une fille ; s'il l'épouse par la suite, le mariage purgera le vice de cette conjonction, & rendra légitime l'enfant qui en est né ; s'il y avoit une parenté collatérale entre le garçon & la fille, qui ont habitude ensemble, le mariage célébré par la suite entre ces personnes légitimera-t-il les enfans nés de cette habitude ? La raison de douter est que cette conjonction est entachée d'un vice d'inceste, qui la rend plus criminelle ; néanmoins il faut décider que les enfans sont légitimés : la dispense obtenue depuis a un effet rétroactif qui purge ce vice d'inceste.

Le vice d'une conjonction adultérine ne peut être purgé ; les enfans qui en sont nés ne peuvent être légitimés par un mariage subséquent. C'est la disposition *du Chap. tanta est vis. 7. qui filii sunt legitimi*, que nous suivons. *Finge :* un homme marié a eu, pendant son mariage, une habitude avec une fille, & de ce mariage est né un enfant, le mariage qu'il contractera par la suite avec cette fille, après la mort de sa femme, ne pourra légitimer cet enfant, parce que le vice d'une conjonction adultérine est trop considérable pour pouvoir être purgé.

Si j'ai eu pendant mon mariage habitude avec une fille, & que l'enfant conçu de cette habitude ne soit né que depuis la mort de ma femme, cet enfant pourra-t-il être légitimé par le mariage que je contracterai avec cette fille ? Non, car, quoique ma femme soit morte avant la naissance de cet enfant, la conjonction dont il est procréé n'en est pas moins une conjonction adultérine ; je n'en aurois pas proposé la question, si je n'avois vu que Lebrun est d'avis contraire. Il cite les Loix 18 & 19, *ff. de*

ſtat. homi. qui n'ont aucune application. Ces Loix décident qu'un enfant naît libre ſi ſa mere étoit libre, ſoit au temps de la conception, ſoit au temps de ſa naiſſance, parce que la condition de ſa mere, dont dépend la ſienne, pouvant être conſidérée en ces différens temps, doit être conſidérée dans le temps le plus favorable pour l'enfant; mais le vice d'adultere, qui rend l'enfant qui en eſt provenu adultérin, ne peut être conſidéré que dans le temps que l'adultere ſe commet, dans le temps de la conjonction, le temps de la naiſſance de l'enfant eſt indifférent à cet égard.

Par cette même raiſon, quoique l'enfant que j'ai eu d'une habitude avec une fille ſoit né pendant mon mariage avec une autre femme, il ne ſera pas adultérin ſi la conjonction dont il a été procréé a précédé le mariage; car la conjonction n'a pas été adultérine, & par conſéquent il pourra être légitimé par le mariage que je contracterai avec ſa mere après la mort de ma femme.

Si la perſonne dont j'ai eu un enfant étoit mariée, mais avoit une juſte cauſe de croire que ſon mari n'étoit plus, ayant eu des certificats de ſa mort, l'enfant pourroit-il être légitimé par le mariage que je contracterois avec elle après la mort de ſon mari ? Je le penſe; car cette conjonction n'eſt pas adultérine. *Adulterium ſine dolo malo non committitur. L.* 43. *C.* 11. §. 12. *L.* 12. *ff. ad leg. Jul. de adult.*

QUESTION II.

Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime?

Le mariage qui peut purger le vice d'une conjonction illégitime doit être un mariage légitime. Un mariage fait *in extremis*, ou tenu ſecret juſqu'à la mort, ou fait après une condamnation capitale, ne peut donc pas avoir cet effet, car ce mariage n'ayant pas lui-même les effets civils, ne peut les communiquer à la conjonction qui le précede.

Si un mariage valable, mais privé ſeulement des effets civils, ne peut pas avoir l'effet de purger le vice de la conjonction qui le précede; à plus forte raiſon un mariage abſolument nul ne peut avoir cet effet.

Quid, ſi c'étoit un mariage nul, à la vérité, mais auquel la bonne foi des contractans donne les effets civils, & légitime les enfans qui en ſont procréés, pourra-t-il purger le vice de la conjonction qui le précede? *Finge,* un jeune homme & une fille ont eu commerce enſemble, & de ce commerce eſt né un enfant, la fille ſe marie depuis, on répand dans le public que le mari eſt mort, elle a des certificats de ſa mort; dans la bonne foi elle ſe remarie à ce jeune homme avec qui elle avoit eu commerce, le premier mari revient, ce mariage purgera-t-il le vice du commerce que ces perſonnes ont eu auparavant, & l'enfant né auparavant deviendra-t-il par-là légitimé ? Non; *nec obſtat,* que les enfans nés de ce mariage, quoique nul, ſont légitimés à cauſe de la bonne foi des contractans; cette bonne foi peut bien légitimer les enfans nés de cette conjonction, qui a été faite

de bonne foi ; mais l'enfant né d'une conjonction précédente, qui n'a pas été faite de bonne foi, ne peut devenir légitime qu'en vertu d'un vrai & valable mariage, qui seul peut purger le vice de cette conjonction ; c'est ce qui a été jugé dans l'affaire de Maillard.

QUESTION III.

S'il est nécessaire que le mariage soit accompagné d'un contrat devant Notaire pour opérer la légitimation.

La Constitution de Constantin & celle de Justinien, requiérent, pour la légitimation des enfans, que le mariage contracté avec leur mere, soit accompagné d'un instrument qui contienne les conventions matrimoniales, *tabulis dotalibus intervenientibus.* Cet instrument étoit requis pour constater le mariage, afin qu'il n'y eût aucun doute que l'homme avoit élevé sa concubine à la dignité de femme légitime, ce qui n'étoit pas toujours facile à distinguer, *cùm uxor & concubina solâ animi affectione differant. L. 4. ff. de concub. junct. Paul. Sentent. Tit.* 20. Cette raison ne peut avoir d'application dans notre Droit François ; le mariage n'ayant pas besoin d'être constaté par un contrat de mariage, & l'étant beaucoup mieux par la célébration qui se fait en face d'Eglise, & par l'acte de cette célébration inscrit dans les registres de la Paroisse. C'est pourquoi il n'est plus douteux aujourd'hui que le contrat de mariage n'est plus nécessaire pour les légitimations, quoique quelques anciens Arrêts, s'attachant trop scrupuleusement à la lettre du Droit Romain, l'eussent jugé nécessaire.

QUESTION IV.

Quel est l'effet de cette légitimation, qu'on appelle per subsequens matrimonium ?

La légitimation qu'opere le mariage purge tellement le vice de la conjonction illégitime dont l'enfant a été procréé, qu'elle donne à cet enfant même droit de parenté légitime qu'il auroit s'il fût né du mariage même ; il est réputé en être né par anticipation ; ce droit de parenté légitime lui communique la noblesse de son pere, lui donne le droit de succéder à son pere & à sa mere, & à tous ses parens, tant paternels que maternels, & de leur transmettre sa succession ; enfin, généralement tous les droits attachés à la parenté légitime comme le droit de retrait lignager, de maniere qu'il n'est en rien différent des enfans nés durant le mariage ; cela est si vrai, que l'enfant procréé de conjonction illégitime, par le mariage a le droit d'aînesse sur les enfans nés du mariage. L'a-t-il sur les enfans d'un mariage intermédiaire ? Dumoulin décide que non ; les raisons de cette décision sont sensibles ; l'effet de la légitimation par le mariage est de

donner à l'enfant né d'une conjonction illicite avant le mariage, les mêmes droits qu'il auroit eus s'il fût né durant le mariage; la fiction de la légitimation consiste à feindre qu'il est né du mariage : or, le mariage que son pere a contracté avec sa mere étant le second mariage de son pere, il s'ensuit qu'il ne peut être regardé que comme un enfant de son second mariage : or, il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné des enfans du premier; d'ailleurs la Loi, en donnant au mariage la vertu de purger les vices de la conjonction qui l'a précédé, & de légitimer l'enfant qui en est né, n'a pas entendu préjudicier aux droits de personne; la Loi n'accorde point ses graces aux dépens d'autrui; elle ne préjudicie point aux enfans qui naîtront de ce mariage, parce qu'ils n'existent pas encore; ils ne sont pas capables de recevoir aucun préjudice, & que d'ailleurs c'est aux enfans nés avant le mariage qu'ils sont redevables du mariage qui leur a procuré la naissance, *gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficiis ipsi sunt justi filii. L. 10. Cod. de natur. liber.* Mais si l'enfant légitimé par le second mariage, avoit le droit d'aînesse sur les enfans du mariage intermédiaire, cette légitimation se feroit au préjudice du droit acquis à l'aîné du premier mariage; elle le dépouilleroit du droit d'aînesse, du premier rang dans la famille de son pere, dont il se trouve en possession, ce qui résiste à tous les principes.

Il n'y a aucun inconvénient que l'aîné du premier mariage soit l'aîné d'un frere plus âgé que lui : car, par rapport aux droits de famille, on ne doit compter ses années que du jour qu'il est entré en la famille, & par conséquent seulement du mariage de sa mere; Lebrun est d'un avis contraire à celui de Dumoulin; mais il se fonde sur des raisons si futiles, qu'elles ne méritent pas de réponse.

L'effet qu'a le mariage de purger le vice de la conjonction illégitime que l'homme a eue auparavant avec sa femme, ne se borne pas seulement aux enfans qui en ont été procréés; elle s'étend à leur postérité légitime; c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfans légitimes, & qu'ensuite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle, en purgeant le vice de la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfans qu'il a laissés le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auroient point eu sans cela.

§. VI.

De la légitimation par Lettres.

La légitimation par Lettres-Patentes du Roi, ne donne aux bâtards que le droit de porter le nom de leur pere, & de porter les armes de sa maison avec une brisure de gauche à droite; mais elle ne donne pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parens légitimes; les Lettres de légitimation avec la clause de succéder ne sont plus d'usage.

ARTICLE

ARTICLE IV.

Des causes qui peuvent exclure un parent du droit de succéder.

Nous ne parlons pas en cet article de la vie civile, dont il a été parlé en l'article second, mais des causes qui, sans donner atteinte à l'état civil d'un parent, le privent du droit de succéder.

Ces causes sont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation au droit de succéder; en certaines Coutumes les filles dotées sont excluses de succéder.

§. I.

De l'exhérédation.

L'exhérédation est un acte par lequel une personne exclut de sa succession, pour une juste raison, quelqu'un de ses enfans ou autres parents.

Quoiqu'il n'y ait que la Loi, par notre Droit Coutumier, qui fasse les héritiers, & qu'elle les fasse indépendamment de la volonté du défunt, elle lui laisse néanmoins la faculté d'exclure de sa succession ceux qui s'en sont rendus indignes, & elle ne fait point héritiers ceux qui, par un juste jugement du défunt, ont été exhérédés.

Il y a six principales Questions touchant l'exhérédation. 1°. Qui peut-on exhéréder, & pour quelles causes? 2°. Comment se fait l'exhérédation? 3°. A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation? 4°. Quels en sont les effets? 5°. Si elle s'étend aux enfans de l'exhérédé? 6°. Quand est-elle censée révoquée?

QUESTION PREMIÈRE.

Qui peut-on exhéréder, & pour quelles causes?

Quelque droit qu'aient par la nature nos enfans à notre succession, néanmoins nous pouvons les exclure par l'exhérédation.

L'ancien Droit Romain donnoit, à cet égard, aux peres une puissance absolue; ils pouvoient exhéréder leurs enfans sans rendre aucune raison de leur volonté, qui seule suffisoit pour l'exhérédation.

Ce droit avoit été tempéré par la Loi *Glicia*, dont nous ne savons pas l'époque, qui avoit accordé aux enfans exhérédés sans sujet, la querelle d'inofficiosité contre le Testament de leur pere; le Prêteur présumoit que le Testateur qui exhérédoit ses enfans sans sujet, n'avoit pas l'usage de la raison nécessaire pour tester, & sur ce prétexte, cassoit son Testament, *quasi furor sit proprio sanguini succensere.*

Notre Droit n'a point laissé aux parens cette liberté d'exhéréder leurs enfans; il la leur accorde seulement pour quatorze causes très-graves, qui sont exprimées par *la Novelle* 115. *Cap.* 3°. : savoir, 1°. Si un enfant

a porté la main sur ses pere & mere. *Si parentibus suis impias manus intulerit.* 2°. A plus forte raison s'il a attenté à leur vie par le poison ou autrement. *Si vitæ parentum per venenum aut alio modo insidiatus fuerit.* 3°. S'il a été leur dénonciateur de quelque crime. *Si in criminalibus causis accusaverit.*

La Novelle en excepte le crime de lése-Majesté; car il est permis aux enfans d'être en ce cas dénonciateurs de leur pere, leur Patrie devant leur être plus chere que lui. *Major esse debet pietas erga Patriam quàm erga parentes.*

4°. Si par ses délations il les a fait condamner à de grosses amendes. *Si per suam delationem gravia dispendia eos fecerit sustinere.* 5°. S'il a commis envers eux quelqu'injure atroce. *Si gravem & inhonestam eis injuriam fecerit.* 6°. S'il a eu l'habitude charnelle avec sa belle-mere, *si novercæ suæ aut concubinæ patris filius se immiscuerit.* Nôtre Droit François ne reconnoît pas de concubines.

7°. S'il a empêché ses pere & mere de tester. 8°. S'il n'a voulu être leur caution pour les faire sortir de prison étant en état de le faire. Justinien veut que ce refus ne soit cause d'exhérédation qu'à l'égard des garçons. Les filles, dans notre Droit, étant également capables d'être caution, il semble qu'il n'y a aucune différence à faire.

9°. Si un pere ou une mere ayant été fait captif par les Algériens ou autres, l'enfant ayant le moyen, a refusé de payer sa rançon. *Si liberi non festinaverint eum redimere.* 10°. Si un pere ou une mere étant tombé en démence, ses enfans n'ont pas eu soin de lui pendant qu'il étoit en cet état, il peut, pour cette raison, s'il revient en son bon sens, l'exhéréder. *Si furiosus fuerit & ejus liberi curam competentem ei non præbuerint.* 11°. Si un enfant s'est associé à des malfaiteurs, comme s'il a été arrêté avec des voleurs ou des vagabonds. *Si cum maleficis hominibus sese sociaverit ut maleficia faceret.* 12°. S'il est gladiateur ou bateleur, à moins que le pere ne fût de la même profession. *Si præter voluntatem patris inter asenarios vel mimos sese sociaverit & in hac professione permanserit, nisi pater ejusdem professionis fuerit.* 13°. Si une fille que ses parens ont voulu marier & doter, a préféré de mener une vie débauchée. *Si volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare & dotem, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam degere elegerit.* Que si les parens ont différé de la marier jusqu'à vingt-cinq ans, Justinien veut qu'elle ne puisse être exhérédée pour forfait à son honneur, parce que c'est la faute de ses parens de ne l'avoir pas mariée.

Selon nos mœurs, je ne crois pas qu'une fille pût être exhérédée pour s'être laissée séduire une ou deux fois, mais seulement dans le cas auquel elle se seroit prostituée publiquement, & auroit fait le métier de courtisanne, & qu'on ne doit pas distinguer si les parens ont voulu la marier ou non.

14°. C'étoit une cause d'exhérédation, si l'enfant d'un Catholique se faisoit Hérétique. Comme il n'y a plus en France qu'une seule Religion, cette derniere exhérédation ne peut parmi nous avoir d'application.

Nos Ordonnances ont ajouté une autre cause d'exhérédation contre les enfans qui se marient sans le consentement de leurs pere & mere. Une fille qui, avant l'âge de vingt-cinq ans, un garçon qui, avant l'âge de trente ans, se marient sans le consentement de leurs pere & mere, sont sujets à la peine de l'exhérédation. Après cet âge, ils peuvent se marier, malgré leurs pere & mere, pourvu qu'ils aient requis leur consentement par des sommations respectueuses faites en présence de Notaire, qui leur en donne acte; faute de quoi, ils seroient pareillement sujets à la peine de l'exhérédation. Voyez l'Ordonnance de Henri II de 1556; celle de Blois, art. 41; la Déclaration de *1639*.

C'est une question sur laquelle se sont partagés les Interpretes : Si un pere & une mere peuvent exhéréder leurs enfans pour d'autres causes que celles exprimées par *la Novelle* 115. *Cap.* 3. Lorsque ces causes sont également *graves* que celles qui y sont exprimées; *puta*, si un fils n'a pas attenté lui-même à la vie de son pere ou de sa mere; mais si, ayant su qu'un autre y attentoit, il ne le leur ait pas découvert, & les ait mis, par ce silence affecté, en danger de leur vie; on doit décider la même chose : c'est le sentiment de plusieurs bons Auteurs.

Quoique l'exhérédation s'emploie plus communément contre les enfans, elle peut, à plus forte raison, être employée contre les collatéraux, lorsqu'ils se sont rendus indignes de la succession du défunt, soit en attentant à sa vie, soit en lui faisant quelqu'injure atroce; cette exhérédation est nécessaire pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritiers, la portion des propres que les Coutumes affectent à l'héritier, & qu'on appelle légitime coutumiere.

De ce que nous avons dit, que l'exhérédation ne peut être faite que pour de justes causes, il suit que, par notre Droit, les posthumes ne peuvent être exhérédés, puisque n'étant pas encore nés, ils n'ont pu rien faire qui méritât l'exhérédation.

QUESTION II.

Comment se doit faire l'exhérédation?

Par le Droit Romain, l'exhérédation ne pouvoit se faire que par le Testament, suivant cette maxime, *hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest.*

Notre Droit n'ayant pas prescrit de forme pour l'exhérédation, elle peut se faire, non-seulement par testament, mais par un simple acte pardevant Notaire, par lequel un pere déclare que pour telle raison il exhérede un tel; Ricard en rapporte des Arrêts, & atteste que tel est l'usage, part. 3. chap. 8. sect. 4. n. 971. Il veut pourtant que cet acte soit un acte authentique. *Ibid.* n. 942. Cette exhérédation doit être expresse, c'est-à-dire, qu'elle doit se faire en termes clairs & formels. Elle doit contenir l'expression de la cause pour laquelle l'exhérédation est faite. La Nov. 115. *Cap.* 3°.

Celui qui exhérede quelqu'un de ses enfans ou autres parens, peut apporter quelque modification à l'exhérédation, en laissant à l'exhérédé une pension alimentaire, ou quelqu'effet de la Succession.

QUESTION III.

A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation?

Par la Constitution de Constantin, qui est en la Loi 28. *Cod. de inoff. testam.*, c'étoit à l'enfant exhérédé à prouver l'injustice de l'exhérédation pour réussir en la querelle d'inofficiosité. *Liberi querelam contra testamentum paternum moventes probationem debent præstare quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuerint.* La Nov. de Justinien 115. ch. 3. PP. & *in fine*, a changé cette disposition. En même temps qu'elle ordonne que les causes de l'exhérédation seront exprimées par l'acte d'exhérédation; elle charge aussi l'héritier de prouver la vérité au moins de l'une des causes qui ont été exprimées. Cette disposition de la Novelle est adoptée par nos usages; ainsi que l'atteste Ricard, *loco citato.*

QUESTION IV.

Quels sont les effets de l'exhérédation?

L'effet de l'exhérédation est de priver l'enfant ou autre parent exhérédé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé; mais l'exhérédation ne s'étend pas jusqu'à dépouiller la personne de l'exhérédé des autres droits de famille.

L'exhérédé étant privé du droit de succéder au défunt qui l'a exhérédé, il ne peut pas, s'il est l'aîné de ses enfans, prétendre le droit d'aînesse dans les biens de sa succession; car, ce droit d'aînesse ne peut être prétendu qu'à titre d'héritier, & l'exhérédation le dépouille de ce titre; donc il ne peut prétendre exercer ce droit dans les biens de sa Succession du défunt.

L'enfant exhérédé par son pere, peut-il prétendre douaire dans les biens de son pere? La raison de douter est qu'on est douairier sans être héritier: la raison de décider qu'il ne le peut prétendre, est que l'exhérédation l'exclut généralement des biens de son pere; elle l'exclut d'y succéder à titre de douairier aussi-bien qu'à titre d'héritier: le douaire est une espece de légitime que la Loi municipale ou celle du contrat de mariage accorde aux enfans dans les biens de leur pere; mais un exhérédé ne doit point avoir de légitime. L'exhérédation de la mere ne prive point l'exhérédé du douaire; car, les biens dans lesquels l'enfant prend son douaire, sont les biens du pere; la mere n'en a que l'usufruit, comme douairiere; la mere, en exhérédant son fils, ne peut l'exclure que de ses biens.

L'exhérédation ne prive pas l'exhérédé des biens substitués que le défunt, par qui il a été exhérédé, étoit chargé de lui restituer après sa mort;

car il ne les tient pas de celui par qui il a été exhérédé, & qui a été chargé de les lui restituer; il les tient de l'auteur de la Substitution. La restitution de ces biens est une dette du défunt envers cet exhérédé; l'exhérédation dépouille bien l'exhérédé du droit de succéder au défunt, mais non pas des créances qu'il a contre le défunt. L'exhérédation n'ôtant à l'exhérédé que le droit de succéder au défunt par qui il a été exhérédé, & non pas les autres droits de famille, il s'ensuit qu'il peut succéder à ses autres parens, même à ceux du côté de celui qui l'a exhérédé.

L'enfant exhérédé peut succéder à ses freres & sœurs, quoiqu'il trouve dans leur Succession les biens de ses pere & mere, par qui il a été exhérédé; l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder directement à ses pere & mere qui l'ont exhérédé, & n'empêche point qu'il ne puisse en profiter indirectement, & du chef d'autres personnes dont il devient par la suite héritier.

L'exhérédation ne faisant pas perdre les droits de famille, il paroît s'ensuivre que si un enfant, aîné de la famille, est exhérédé, il ne perd pas pour cela les droits d'être le chef de sa famille, & d'avoir, en cette qualité, le dépôt des titres de famille, & des portraits de ses ancêtres, à moins que l'ignominie de l'état qu'il auroit embrassé ne le fît juger indigne de cet honneur.

Les droits de sépulture sont des droits de famille, que l'exhérédation ne fait point perdre. *L. 6. ff. de relig. vide Leg. 5. ff. eodem.*

QUESTION V.

Si l'effet de l'exhérédation s'étend aux enfans de l'exhérédé?

L'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfans de l'exhérédé; la raison est tirée de ce principe de Droit, *nullum patris delictum innocenti filio pœna est.*

D'où il suit que l'exhérédation, qui est la peine de la faute commise par l'exhérédé, ne doit pas être étendue aux enfans de cet exhérédé, qui, n'étant point coupables de la faute de leur pere, n'en doivent pas porter la peine.

Quelques Auteurs en exceptent le cas auquel un enfant auroit été exhérédé pour s'être marié sans requérir le consentement de ses pere & mere, & ils prétendent qu'en ce cas, l'exhérédation de cet enfant s'étend aux enfans nés de ce mariage, parce qu'ils sont nés du mariage qui a donné la cause à l'exhérédation. D'autres pensent que, même en ce cas, l'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfans de l'exhérédé, parce que le mariage étant valable, les enfans ayant le droit de parenté légitime avec leur aïeul, & par conséquent, le droit de lui succéder, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur pere.



QUESTION VI.

Quand l'exhérédation est-elle censée révoquée?

1. Par le Droit Romain, l'exhérédation ne pouvoit être révoquée que par un testament qui révoquât celui dans lequel elle étoit contenue; cela résultoit des principes du Droit Romain, qu'un Testament ne peut être révoqué que par un autre Testament, & qu'on ne peut disposer de son hérédité, la donner ou ôter, que par un Testament; *Testamentum rumpitur per aliud Testamentum æquè perfectum, hæreditas nec dari, nec adimi potest nisi Testamento*: ces principes ne sont pas admis parmi nous; c'est pourquoi l'exhérédation peut être révoquée par la seule & nue volonté de celui qui l'a faite.

Si celui qui l'a faite déclare ensuite, par son Testament, ou par quelqu'autre acte, qu'il pardonne à son fils, cet acte vaut une révocation d'exhérédation.

Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un acte par écrit. Il suffit que l'exhérédé puisse prouver que celui qui l'a faite a donné des marques de reconciliation, *puta* qu'il l'a logé chez lui, qu'il a souffert qu'il lui rendît de fréquentes visites. L'injure est tellement présumée pardonnée, qu'on n'ajouteroit pas foi à la déclaration que feroit par la suite le pere par son Testament, qu'en recevant son fils chez lui, il n'a pas entendu révoquer l'exhérédation. Si un fils, depuis l'exhérédation, avoit rendu quelque service signalé à son pere, comme s'il lui avoit sauvé la vie aux dépens de la sienne, l'exhérédation doit être présumée révoquée; l'importance du service est une réparation qui doit effacer l'offense qui donne lieu à l'exhérédation.

§. II.

De l'indignité.

Un enfant ou autre parent, peut perdre le droit de succéder à son pere, sa mere ou autre parent, par son indignité.

Les mêmes causes pour lesquelles j'aurois pu être exhérédé par quelqu'un de mes parens, si elles fussent venues à sa connoissance, & qu'il eût eu le temps de faire cette exhérédation, me rendent indigne de sa Succession, si elles ne sont pas venues à sa connoissance, ou s'il n'a pas eu un temps suffisant.

Que s'il s'est passé un temps considérable depuis qu'il en a eu la connoissance, sans qu'il m'ait exhérédé, son silence doit passer pour une remise de l'offense que j'ai commise, laquelle étant éteinte par le pardon présumé du défunt, il ne subsiste plus en ma personne aucune cause d'indignité qui puisse m'exclure de sa Succession. Lebrun, Liv. 3, chap. 9, n. 14.

La principale cause qui rend un parent indigne de la Succession de son parent, c'est lorsqu'il est coupable de sa mort; car son crime ne doit pas lui procurer l'avantage d'une Succession. Cette décision doit avoir lieu, quoique l'homicide ait obtenu des Lettres d'abolition qu'il ait fait entériner.

Elle a pareillement lieu, quoiqu'il n'ait été fait aucune poursuite contre lui pendant le temps de vingt années, par lequel les crimes se prescrivent, car les Lettres d'abolition, ainsi que la prescription, mettent bien le criminel à couvert de la peine publique, mais ne purgent pas le vice d'indignité, qui, ayant été une fois encouru, subsiste toujours.

L'homicide ne doit rendre indigne de la Succession de l'homicidé, celui qui l'a commis, que lorsqu'il a été commis par sa faute; que s'il a été commis par un cas fortuit, ou par la nécessité d'une juste défense, il n'en doit résulter aucune indignité; car l'indignité est une peine, & il ne doit point y avoir de peine où il n'y a point de faute; c'est pourquoi si un enfant a tué quelqu'un de ses parens, cela ne doit pas le rendre indigne de sa Succession, *cum nulla sit infantis voluntas, cum infans culpæ capax non sit.*

Lebrun prétend que l'indignité de l'homicide descend à ses enfans, & il en rapporte quelques Arrêts, ce qui me paroît souffrir quelque difficulté, les enfans ne devant pas être punis pour la faute du pere.

C'étoit une cause d'indignité par le Droit Romain, si l'héritier n'avoit pas vengé la mort du défunt; mais je ne pense pas qu'elle le soit parmi nous, le soin de la vengeance du défunt étant, selon nos usages, remis au Ministere Public plutôt qu'aux héritiers.

C'étoit une cause d'indignité par le Droit Romain, si l'héritier avoit disposé de la Succession future de son parent avant sa mort. *L. 2. §. fin. ff. de his qui ut indigni. L. 29. §. 2. & L. 30. ff. de donat.* J'aurois de la peine à croire que c'en fût une parmi nous; il suffit que la convention soit nulle, comme contraire aux bonnes mœurs; il y a plusieurs autres causes d'indignité dans le Droit Romain qui ne sont point reçues par nos usages.

L'indignité n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée : c'est pourquoi, par le Droit Romain, l'indigne acquéroit l'hérédité; mais le fisc l'en dépouilloit lorsqu'il en avoit été déclaré indigne. Parmi nous, ce n'est point le fisc qui profite de l'indignité de l'héritier, mais ce sont les autres parens en degré de succéder avec lui.

§. III.

Des renonciations aux Successions futures.

Les renonciations aux Successions futures sont contraires au principe, qu'on ne peut répudier un droit qui n'est pas encore ouvert, *quod quis, si velit, habere non potest : id repudiare non potest. L. 174. ff. de R. J.* & à cet autre principe qui rejette les conventions touchant la Succession d'un homme vivant; néanmoins notre Jurisprudence a admis ces renonciations

dans les contrats de mariage qui, selon nos usages, sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

La raison qui a fait établir ces renonciations a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la Succession de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, & soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom.

QUESTION PREMIERE.

Qui sont ceux qui peuvent faire ces renonciations, & en faveur de qui?

Ce sont ordinairement les filles qui renoncent, par leur contrat de mariage, moyennant la dot qui leur est constituée, à la Succession de leurs pere & mere, qui la leur constituent, au profit de leurs freres, ou au profit de leur frere aîné seulement.

Quelquefois aussi les mâles puînés renoncent au profit de leur frere aîné. La même raison de soutenir le nom, en conservant l'intégrité des biens à un seul, se rencontre dans ces renonciations, comme dans celles des filles.

Elles peuvent être faites par des enfans mineurs aussi-bien que par des majeurs, & ils ne sont point restituables contre ces renonciations.

C'est contre la fin pour laquelle ces renonciations ont été établies, qu'un enfant mâle renonce au profit des filles, ou même une fille au profit d'une autre fille. C'est pourquoi Lebrun pense que ces renonciations ne doivent point être admises, ou que si elles le sont, elles ne doivent point avoir les privileges accordés aux renonciations faites au profit des mâles, & qu'en conséquence elles ne peuvent être faites que par des majeurs, & que du consentement de celui à la Succession duquel la renonciation est faite, & qu'elle n'exclut point le renonçant de sa légitime.

La renonciation des enfans à la Succession de leurs pere & mere en faveur des collatéraux de leur pere ou mere, doit encore moins être admise, étant contre la nature de préférer des collatéraux à ses enfans.

QUESTION II.

Au profit de quelles personnes la renonciation est-elle présumée faite, lorsque cela n'est pas exprimé?

Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, a déclaré qu'elle renonçoit, au moyen de sa dot, à la Succession de son pere, sans exprimer au profit de qui elle faisoit cette renonciation, elle est censée l'avoir faite au profit de tous ses freres germains, enfans de celui à la succession de qui elle a renoncé.

Sera-t-elle pareillement censée avoir renoncé au profit de ses freres consanguins, que son pere a eus d'un précédent ou d'un subséquent mariage? L'article 307 de la Coutume de Bourbonnois, dit qu'elle n'est réputéee

réputée faite qu'en faveur des freres germains. Hors ces Coutumes, comme le motif de ces renonciations, qui eſt de ſoutenir la ſplendeur du nom, ſe rencontre à l'égard des freres germains, comme à l'égard des freres conſanguins; il faut dire que la fille eſt cenſée avoir renoncé au profit des uns & des autres.

Lebrun excepte le cas auquel la fille renonceroit avant le ſecond mariage de ſon pere; on peut ſoutenir en ce cas que cette fille ne devant pas prévoir que ſon pere ſe remarieroit, n'a renoncé qu'en faveur de ſes freres du premier mariage, & non pas en faveur de ceux du ſecond, auxquels elle n'a pas penſé.

Lorſque c'eſt à la Succeſſion de ſa mere qu'une fille renonce, en ce cas elle n'eſt préſumée renoncer qu'en faveur de ſes freres germains, & non pas en faveur de ſes freres utérins, que ſa mere auroit d'un précédent ou ſubſéquent mariage; car ſes freres ne portant pas ſon nom, étant d'une différente famille, le motif de ces renonciations ceſſe à leur égard.

Lorſqu'une fille a renoncé au profit d'un tel, ſon frere aîné, il n'eſt pas douteux que cette renonciation ne peut profiter à un autre par ſon décès, car la renonciation eſt reſtreinte à la perſonne déſignée par ſon nom.

Quid, ſi elle a renoncé au profit de ſon frere aîné ſans le nommer autrement? Lebrun penſe que, même en ce cas, elle n'eſt cenſée avoir renoncé qu'au profit de celui qui étoit pour lors l'aîné. J'inclinerois plutôt pour le ſentiment de Tiraqueau, qui penſe qu'elle doit, en ce cas, être préſumée avoir renoncé en faveur de celui qui ſe trouvera l'aîné lors de l'ouverture de la Succeſſion. Cette interprétation me paroît plus conforme, & aux termes de la renonciation, qui ne déſignent aucune telle perſonne au profit de qui la renonciation ſe faſſe, mais en général l'aîné, & au motif ordinaire de ces renonciations, qui n'eſt point fondé ſur des affections perſonnelles, mais ſur l'affection générale, pour la ſplendeur du nom qu'on veut maintenir, en conſervant par ces renonciations l'intégrité des biens de la famille dans la perſonne de l'aîné.

QUESTION III.

A quelles Succeſſions futures ſe font ces renonciations?

Ces renonciations ſe font à la Succeſſion future du pere ou de la mere, qui fournit la dot à la fille qui renonce à l'une ou à l'autre Succeſſion. Lorſque le pere & la mere dotent conjointement; ces renonciations ſe font, pour l'ordinaire, à l'une & à l'autre Succeſſion. On fait quelquefois renoncer les filles aux Succeſſions collatérales qui pourroient leur venir de leurs freres & ſœurs, neveux & nieces des aſcendans deſdits pere & mere.

Ces renonciations ſont en effet, non-ſeulement pour les biens qui ſeroient échus auxdits freres & ſœurs du pere commun, mais généralement pour tous leurs biens de quelque maniere qu'ils les aient acquis ou qu'ils leur ſoient échus.

La renonciation qu'une fille fait aux Successions de ses pere & mere, même aux Successions collatérales de ses freres & sœurs, comprend même les Successions de ses autres sœurs, qui auroient renoncé comme elle à la Succession de ses pere & mere.

QUESTION IV.

Par quel acte & comment se font ces renonciations ?

Ces renonciations se font, ordinairement, par le contrat de mariage de l'enfant, par lequel on lui donne ou promet la dot, au moyen de laquelle elle renonce.

Elles ne se font pas même ailleurs que par le contrat, lorsque l'enfant qui renonce est mineur.

A l'égard des enfans majeurs, ils peuvent renoncer ailleurs que par le contrat de mariage; par exemple, des sœurs majeures peuvent intervenir au contrat de mariage de leur frere aîné, & renoncer en sa faveur, en considération du mariage, aux Successions de leurs pere & mere, moyennant certaines conditions.

Ces renonciations doivent être expresses, *est majoris momenti quàm ut*, dit d'Argentré, *actibus tacitis colligi ista renunciatio possit*.

C'est pourquoi si un pere, mariant son fils & sa fille par un même contrat de mariage, avoit donné une certaine somme en dot à sa fille, & fait donation à son fils du surplus de ses biens présens & à venir, la souscription de la fille à ce double contrat & le consentement qu'elle semble avoir donné à cette donation, ne passeront pas pour une renonciation à la Succession future de son pere, & ne l'excluront point de s'en porter héritiere, & de demander, en cette qualité, contre son frere donataire, la portion légitime en sa Succession.

De ce que la renonciation doit être expresse, est née la question de savoir, si une renonciation étoit valable, lorsqu'au lieu de dire que la fille a renoncé à la succession future, &c., il est dit qu'elle a promis d'y renoncer? La raison de douter est que promettre de faire une chose, n'est pas la faire; d'ou l'on concluoit que la promesse de renoncer, n'étoit pas une renonciation expresse. Néanmoins on a, avec raison, jugé qu'une telle promesse de renoncer, étoit une renonciation valable. Voyez l'Arrêt de Louet, lettre N.

La renonciation que fait un enfant, par son contrat de mariage, à la Succession future de ses pere & mere, ne peut être faite que moyennant une dot qui lui soit fournie par ses pere & mere.

Les Coutumes sont différentes sur cette dot. Il y en a où la moindre dot suffit; telles sont les Coutumes de Touraine & d'Anjou. Il y en a qui veulent qu'elle égale au moins la légitime; telles sont les Coutumes de Bourges, de Montargis; notre ancienne Coutume d'Orléans en contenoit aussi une disposition; telle est aussi la Jurisprudence dans le pays de Droit écrit.

Dans les autres Coutumes qui ne s'en expliquent pas, il n'eſt pas néceſſaire que la dot fournie égale la légitime; néanmoins dans ces Coutumes, s'il y avoit une diſproportion très-grande entre la dot & la légitime que pourroit eſpérer la fille, eu égard à la fortune qu'avoit le pere lors du contrat de mariage? Lebrun penſe que la fille mineure ſeroit reſtituable contre ſa renonciation à la Succeſſion future.

Cette dot doit être, ou payée comptant, ou payable dans un court délai. Si un pere promettoit à ſa fille, en la mariant, une dot payable après ſa mort, la renonciation faite par la fille à la Succeſſion de ſon pere, en conſéquence de cette dot, ne ſeroit pas valable; car ces renonciations ne ſont pas des donations, elles ſe font pour un avantage préſent que la fille reçoit pour ſe dédommager de l'eſpérance de la Succeſſion à laquelle elle renonce; n'y ayant point d'avantage préſent lorſque la dot n'eſt promiſe qu'après la mort, la renonciation ne peut ſubſiſter.

Que s'il y avoit une partie de la dot payée comptant, ou payable après un bref délai, le terme donné pour le ſurplus juſqu'à la mort, n'empêcheroit pas la validité de la renonciation; car il y a un avantage préſent pour la partie qui eſt payée comptant.

Lorſque la dot n'eſt pas fournie par le pere & la mere, mais ſeulement par un des deux, la fille ne peut renoncer qu'à la Succeſſion de celui qui a fourni la dot, & non point à celle de l'autre conjoint qui ne l'a point fournie. *Nec obſtat,* qu'on a admis la renonciation de la fille, même aux Succeſſions de ſes freres & ſœurs, quoiqu'elle ne reçoive aucune dot d'eux; car la renonciation à ces Succeſſions collatérales, n'eſt qu'une extenſion de la renonciation aux Succeſſions des pere & mere communs, qui ſuit des biens qui compoſent ces Succeſſions collatérales, au lieu que la Succeſſion de l'un des conjoints, eſt abſolument indépendante de celle de l'autre conjoint.

Il reſte à obſerver que, lorſque les renonciations ſe font par le propre contrat de mariage de l'enfant qui renonce, moyennant une dot, il n'eſt pas néceſſaire que ſes freres & ſœurs, aux Succeſſions deſquels on le fait renoncer, ainſi qu'à celle de ſes pere & mere, interviennent au contrat; quoique, hors ces cas, on ne puiſſe faire aucune renonciation, ni aucune convention touchant la Succeſſion d'une perſonne, ſans qu'elle intervienne & y conſente.

QUESTION V.

Quand s'éteignent ces renonciations aux Succeſſions futures?

Les renonciations aux Succeſſions futures, s'éteignent par différentes manieres : 1°. Par l'inexécution de la promeſſe de la dot; c'eſt pourquoi, ſi le pere ou la mere, à la Succeſſion deſquels la fille a renoncé en conſéquence de la dot qui lui a été promiſe, ſont morts avant que d'avoir achevé de la payer, & après avoir été mis en demeure de le faire, la renonciation à leur Succeſſion devient ſans effet, *deficiente causâ propter quam facta eſt.*

La moindre partie de la dot qui resteroit à payer, & qu'ils seroient en demeure de payer, feroit manquer la condition de la renonciation, & la rendroit sans effet.

Que si le pere qui a promis la dot, n'a point été mis en demeure de la payer par une interpellation judiciaire, sa mort arrivée avant le paiement de la dot, n'éteint point la renonciation de la fille, la condition de la dot, sous laquelle elle a renoncé, n'est point censée avoir manqué, tant qu'il n'a tenu qu'à elle de la recevoir; & il est censé n'avoir tenu qu'à elle d'être payée, tant qu'on ne lui en a fait aucun refus.

A plus forte raison, la renonciation subsiste, si le pere qui a promis la dot est mort avant l'expiration du terme dans lequel il étoit convenu de la payer. *Nec enim ibi intelligitur ulla mora fieri, ubi nulla petitio est.*

Lorsque le pere & la mere ont promis une dot, soit conjointement, soit séparément, à une fille qui a renoncé, en conséquence, à la Succession de l'un & de l'autre, la mort de l'un en demeure de payer, éteint la renonciation à sa Succession, sans donner atteinte à la renonciation à la Succession du survivant, qui payera la dot par la suite.

Si le pere & la mere ont doté conjointement, ou chacun séparément, & qu'en conséquence la fille ait renoncé à la Succession de l'un & de l'autre, ou même aux Successions collatérales de ses freres & sœurs, l'inexécution de la promesse de la dot par l'un des deux, éteint en entier les renonciations aux Successions collatérales, quand même l'autre conjoint auroit, de son côté, payé la dot par lui promise. La raison en est que le prix de la renonciation à ces Successions collatérales, est, tant la dot de l'un que celle de l'autre : il suffit donc qu'il y ait eu inexécution par l'un des deux, pour que la condition, sous laquelle la fille a renoncé à ces Successions collatérales, n'ait pas été remplie, & pour que cette renonciation soit sans effet.

Il en seroit autrement, si le pere & la mere avoient en la dotant stipulé, chacun séparément, sa renonciation à leur Succession & aux collatérales; en ce cas l'inexécution de la promesse de la dot de la part de l'un des conjoints, ne feroit pas tomber la renonciation de la fille aux Successions collatérales de ses freres & sœurs; parce que chacun des conjoints ayant stipulé d'elle séparément cette renonciation, elle y a renoncé pour le prix de la seule dot de chacun des conjoints; l'une ou l'autre dot est le prix de cette renonciation & non pas l'une & l'autre; & par conséquent, il suffit qu'elle ait reçu l'une des deux, pour que sa renonciation soit valable, quoique la promesse de l'autre n'ait pas eu son exécution.

La seconde maniere dont s'éteint la renonciation aux Successions futures, est si la personne, à la Succession de qui l'enfant a renoncé, meurt dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage & la célébration; car comme c'est le mariage qui confirme toutes les conventions contenues au contrat, comme il n'y a point encore proprement de dot avant le mariage, *dos sine matrimonio intelligi non potest*, il s'ensuit que, lors de la mort de cette personne qui a donné ouverture à sa Succession, la renonciation que l'enfant auroit faite à sa Succession n'ayant point encore reçu sa perfection,

n'a pu l'exclure de cette Succession, & qu'en conséquence l'enfant a été saisi de la Succession, & que la renonciation qu'il a faite est demeurée sans effet. Cette décision est conforme à celle de Dumoulin sur l'art. 305 de Bourbonnois, *mors parentis post tractatum sed ante celebratas nuptias facit deficere exclusionem consuetudinis*....... Voyez un Arrêt rapporté au Journal du Palais.

Elle a lieu aussi quand même la dot auroit été payée d'avance lors du contrat; car les mêmes raisons subsistent. Elle n'étoit pas encore dot, tant que le mariage n'étoit pas accompli, toutes les conventions n'avoient point encore reçu leur perfection; l'enfant ne s'est donc point trouvé exclus lors de l'ouverture de la Succession, & par conséquent, il a succédé.

La troisieme maniere dont s'éteint la renonciation aux Successions futures, est par le décès de ceux au profit de qui la renonciation est faite, pourvu qu'ils prédécédent sans laisser d'enfans; car leurs enfans les représentent dans ce droit, qui leur est acquis par la renonciation de leur sœur, ce droit étant une dépendance de celui de succéder. Par exemple, si une fille a renoncé, en faveur de ses freres, au droit de succéder aux biens de son pere, si tous ses freres sont morts avant le pere commun, sans qu'aucun d'eux ait laissé d'enfans, la renonciation n'aura aucun effet; au contraire, elle sera valable si un seul a survécu, ou si un seul a laissé quelques enfans.

Pareillement, si la renonciation a été faite au profit d'un tel son frere aîné, & que ce frere aîné soit prédécédé sans enfans, la renonciation n'aura aucun effet.

Enfin, la quatrieme maniere dont s'éteint la renonciation, est le rappel, lorsque celui à la Succession future de qui un enfant a renoncé, le rappelle à sa Succession.

Ce rappel leve entiérement l'obstacle de la renonciation, & fait admettre l'enfant rappelé à la Succession, de la même maniere que s'il n'avoit pas renoncé.

Ce rappel est une ordonnance de derniere volonté; d'où il suit, 1°. qu'il est révocable jusqu'à la mort; 2°. qu'il se fait par la seule volonté du pere ou de la mere, qui rappelle à sa Succession l'enfant qui y avoit renoncé, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de la part de cet enfant, ni même qu'il en ait connoissance.

Est-il besoin que le consentement des freres, au profit de qui la renonciation est faite, intervienne? Non, cela suit encore de ce que nous disons, que le rappel est une ordonnance de derniere volonté; car il est de la nature des ordonnances de derniere volonté, d'être l'ouvrage de la volonté d'un seul. D'ailleurs, le pere qui, par le contrat de mariage de sa fille, la fait renoncer à sa Succession, n'ayant pas besoin, pour stipuler cette renonciation, du consentement de ses fils, au profit desquels elle est faite; il n'en doit pas non plus avoir besoin pour révoquer cette renonciation par le rappel, le droit qui naît au profit des mâles de la renonciation de la fille, ne se confirme que par la mort de la personne, à la Succession de qui elle a renoncé; par conséquent, les mâles n'ayant aucun

droit avant la mort, on n'a pas besoin de leur consentement. C'est la disposition de la Coutume de Poitou, art. 22, qui, par les raisons ci-dessus rapportées, paroît devoir être suivie dans les Coutumes qui n'ont point de dispositions contraires.

Cet acte de rappel n'est ni un legs, ni une donation, mais une simple révocation de la renonciation; de telle maniere que le rappellé succéde vraiment à titre d'héritier, *remoto renuntiationis impedimento*.

De-là, il suit que ce rappel peut se faire, non-seulement par testament, mais par quelqu'acte par écrit que ce soit.

Lorsqu'un pere, en mariant sa fille, l'a fait renoncer, tant à sa Succession, qu'aux Successions collatérales de ses freres & sœurs, le rappel fait par le pere lui rend le droit de succéder, non-seulement à son pere, mais même à ses freres & sœurs; car ce rappel révoquant la renonciation à la Succession du pere, *sublato principali tollitur & accessorium*.

Quid, si la fille a renoncé aux Successions de pere & mere & collatérales, & qu'elle ait été rappellée seulement par le pere, & non par la mere, ce rappel lui donnera-t-il le droit de succéder à ses freres & sœurs? On peut peut-être faire ici la même distinction qui a été faite ci-dessus, lorsque nous avons traité de la premiere maniere dont s'éteignent ces renonciations. Si les pere & mere ont stipulé, chacun séparément, la renonciation à leurs Successions & aux Successions collatérales, la renonciation aux Successions collatérales étant en ce cas une dépendance de celle du pere ou de la mere, il suffit que la renonciation à l'une desdites Successions subsiste, pour faire subsister celle aux Successions collatérales. Que si, au contraire, la renonciation aux Successions collatérales a été stipulée par les pere & mere, conjointement à la suite de la renonciation à leur Succession, cette renonciation aux Successions collatérales ayant en ce cas pour fondement, non celle à chacune des Successions du pere ou de la mere, mais celle aux Successions de l'un & de l'autre, il paroît suffire que la renonciation à la Succession de l'un des deux soit révoquée par le rappel, pour entamer la révocation de celles aux Successions collatérales.

§. IV.

De l'exclusion de succéder que donnent certaines Coutumes aux filles mariées.

Les Coutumes sont différentes sur ce point. A Paris, & à Orléans, les filles mariées, quelque considérable que soit la dot qu'elles aient reçue, ne sont point pour cela excluses de succéder, elles sont seulement obligées de rapporter la dot à la Succession de celui qui la leur a donnée.

Quelques Coutumes excluent les filles mariées dotées des Successions directes & non des collatérales; d'autres les excluent même des collatérales. Il y en a qui les excluent, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de rose*. La Coutume de Normandie exclut les filles mariées de la Succession de leur pere, quand même elles n'auroient reçu aucune dot.

Dans quelques Coutumes, il faut que ce soit le pere qui ait marié; dans d'autres, il n'importe. Dans quelques Coutumes, comme Tours, Anjou & le Maine, l'exclusion des filles mariées n'a lieu qu'à l'égard des Nobles.

Dans d'autres, comme Bourbonnois, elle a lieu indistinctement à l'égard de toutes personnes.

Ces exclusions n'ayant pas lieu, comme nous avons dit, dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, auxquelles nous nous attachons particulierement, nous traiterons très-sommairement cette matiere, & nous nous contenterons d'observer, 1°. Que, pour que cette exclusion ait lieu, il faut que la fille ait été mariée avant l'ouverture de la Succession; il ne suffiroit pas qu'elle eût été fiancée, que le contrat contenant les conventions de mariage eût été passé, car ce n'est que le contrat de mariage qui l'exclud.

2°. Dans les Coutumes qui requierent qu'elles soient dotées, il faut que la fille se trouve avoir reçu sa dot avant la Succession ouverte, si ce n'est dans celles qui déclarent expressément qu'il suffit qu'elle ait été promise.

3°. Cette renonciation a lieu, & à l'égard de la fille qui l'a faite, & à l'égard de tous ses descendans qui viendront par représentation d'elle.

4°. Cette exclusion est au profit des mâles, freres desdites filles mariées; c'est pourquoi cette exclusion cesse, s'il ne se trouve, lors de l'ouverture de la Succession, aucun mâle, ni représentation de mâle, qui veuille l'accepter.

5°. Cette exclusion n'a pas lieu, si la fille mariée a été réservée, par le contrat de mariage, à la Succession de ses pere & mere.

6°. Quoique la fille n'ait pas été réservée à la Succession de ses pere & mere, elle peut y être rappellée, & ce rappel lui rend le droit de succéder; ce rappel a cela de moins que la réserve, que celle-ci est irrévocable, au lieu que le rappel est révocable.

Il y a des Coutumes qui ne permettent ce rappel que du consentement des freres qui y ont intérêt.

SECTION III.

Des choses auxquelles on peut succéder.

On distingue parmi les choses auxquelles on succéde, les meubles des immeubles; car il y a certains héritiers qui succédent aux meubles, & non aux immeubles.

On distingue aussi entre les immeubles, les acquêts des propres; & entre les propres, on distingue aussi ceux des différentes lignes.

Nous avons vu au Traité de la Division des biens, quels biens étoient meubles, & quels biens étoient immeubles, quels immeubles étoient acquêts, & quels immeubles étoient propres. Nous y renvoyons. Nous verrons dans le Chapitre suivant, quelles sont les personnes qui succédent aux acquêts, quelles sont les personnes qui succédent aux propres.

CHAPITRE II.

De l'ordre de succéder.

Nos Loix ont gardé un ordre entre les parens, pour leur déférer la Succession de leurs parens.

Elles déférent la Succession d'un défunt; premiérement, à ses enfans & descendans, préférablement à tous les parens de la ligne ascendante, & à tous les collatéraux.

A défaut d'enfans, elles appellent les parens de la ligne ascendante, quelquefois préférablement à tous ceux de la ligne collatérale, quelquefois concurremment avec certains collatéraux, quelquefois elles préférent certains collatéraux aux ascendans.

SECTION PREMIERE.

De la Succession de la ligne descendante du défunt.

Par la loi de la nature, dont nos Coutumes ne se sont point écartées, les enfans d'un défunt sont appellés à sa Succession, préférablement à tous les autres parens.

La Loi appellant à la Succession d'un défunt ses descendans, observe entr'eux la priorité du dégré, & elle y appelle le fils ou la fille d'un défunt, avant les enfans ou autres descendans de ce fils ou de cette fille. Pareillement, à défaut du fils, le petit-fils y est appellé avant ses enfans, qui sont les arriere-petits enfans du défunt, &c. Les enfans d'un fils ou d'une fille du défunt, sont, à la vérité, exclus de la Succession par leur pere ou mere, lorsque leur pere ou mere se trouve, lors de l'ouverture de la Succession, occuper son dégré; mais lorsque leur pere ou leur mere ne l'occupe pas, ces enfans ne sont point exclus par les autres fils ou filles du défunt, parce que la Loi les fait entrer dans le degré qu'avoit occupé leur pere ou leur mere, lequel se trouve vacant, & les rapproche, par ce moyen, au même degré des autres fils ou filles du défunt; c'est ce qui s'appelle le droit de représentation, dont nous parlerons dans le premier article de la premiere Section.

Tous les enfans qui sont au même degré, soit de leur chef, soit par le bénéfice de la représentation, sont appellés ensemble à la Succession du défunt.

Il faut en excepter un petit nombre de Coutumes, qui déférent la Succession entiere d'un défunt à son fils aîné, à la charge par lui de départir une certaine portion des biens à ses puînés; telle est, par exemple, la Coutume de Ponthieu.

Quoique,

Quoique, dans les autres Coutumes, tous les enfans soient ensemble appellés à la Succession du défunt; néanmoins la plupart des Coutumes accordent dans la Succession certains avantages à l'aîné. Nous en parlerons dans l'article second.

ARTICLE PREMIER.

Du droit de représentation en ligne directe.

Le droit de représentation, à l'effet de succéder, peut être défini; une fiction de la Loi, par laquelle des enfans sont rapprochés & placés dans le degré de parenté qu'occupoit leur pere ou mere, lorsqu'il se trouvoit vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfans du défunt.

Ce droit de représentation, dans la ligne directe descendante, a toujours été en usage chez les Romains. Il paroît qu'il n'avoit pas lieu autrefois dans les provinces septentrionales du Royaume, & même qu'il n'a commencé à avoir lieu à Orléans, que lors de la rédaction de la Coutume, qui fut faite en 1509, ce qui résulte de l'article 244 de notre ancienne Coutume : *En ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit accordée ou non par les pere & mere.* Lesquels termes *aura lieu*, donnent à entendre qu'ils établissent un droit nouveau, & qu'auparavant la représentation n'avoit lieu, que lorsqu'elle étoit accordée par les pere & mere. La représentation n'a commencé pareillement à avoir lieu à Paris, que lors de la rédaction de cette Coutume en 1510.

Enfin, la représentation a été universellement reçue, à l'exception de quatre Coutumes, Ponthieu, Boulonnois, Artois & le Hainaut qui la rejettent, même en ligne directe.

Nous parlerons de cette espece de représentation dans les trois premiers paragraphes de cet article, où nous verrons, 1°. Quelles sont les personnes qui peuvent succéder par ce droit de représentation : 2°. Quelles sont celles qui peuvent être représentées : 3°. Quel est l'effet de cette représentation.

La seconde espece de représentation, à l'effet seulement de partager, est le droit par lequel des petits-enfans, issus de différentes souches, quoiqu'en égal degré entr'eux, partagent la Succession par souches, & non par personne, *in stirpes non in capita.* Nous en parlerons dans le paragraphe dernier.

§. I.

Quelles personnes peuvent succéder par représentation?

La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante; c'est pourquoi, non-seulement les petits-enfans, *nepotes*, entrent dans le degré & de leur pere ou mere qui se trouve vacant par leur décès ou autrement; mais si quelqu'un de ces petits-enfans étoit lui-même prédécédé, les en-

fans de ce petit-enfant, *pronepotes*, entrent pareillement dans ce degré ; comme leur pere y seroit entré, & y tiennent la place qu'il y auroit tenue ; & si l'arriere-petit-fils étoit lui-même prédécédé, & eût laissé un enfant, cet enfant y entreroit de même, *& sic in infinitum*, autant que la représentation peut s'étendre.

Il n'est requis autre chose dans la personne de l'enfant qui succéde par représentation, sinon qu'il soit habile à succéder, & qu'il n'en soit exclus par aucune des causes rapportées au Chapitre précédent, Section deuxieme.

Au reste, il n'est pas nécessaire que les enfans qui succédent par représentation, aient été héritiers de leur pere ou mere qu'ils représentent. Quoiqu'ils aient renoncé à leur Succession, ils ne laissent pas de pouvoir les représenter en la Succession de leur aïeul. La raison est que la représentation ne fait rien autre chose, que placer les représentans dans le degré de la personne représentée, lequel se trouve vacant ; placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt leur part en la Succession, elle ne leur est point transmise par la personne représentée, laquelle, par son décès, n'ayant pu elle-même être héritiere, n'a pu rien transmettre de cette Succession ; il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient été héritiers de la personne qu'ils représentent. La Coutume de Paris, art. 308, & la nôtre, art. 307, le supposent clairement.

§. II.

Qui peut-on représenter ?

La représentation, selon la définition que nous en avons donnée, consiste à mettre les représentans dans le degré & place de la personne représentée, lorsque ce degré se trouve vacant : de-là, il suit qu'on peut représenter celui qui n'occupe plus son degré, & qu'on ne peut représenter celui qui l'occupe encore : de-là, est née la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant, *representatio nunquàm est de personâ vivente*, Molin. in not. sur Maine 241 ; De-là, il suit que, si un pere laisse deux fils, dont l'un accepte la Succession & l'autre y renonce, les enfans de celui qui a renoncé, ne peuvent pas venir avec leur oncle à cette Succession par représentation de celui qui y a renoncé ; ils ne peuvent représenter un homme vivant, qui occupe son degré dans la famille.

Observez qu'on entend ici par un homme *vivant*, celui qui jouit de l'état civil ; ceux qui l'ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une peine capitale, étant morts civilement, ne sont point regardés comme hommes vivans, la mort civile leur faisant perdre tout ce qui appartient à l'état civil, & par conséquent les droits de famille ; ces personnes n'occupent plus leur degré dans la famille, leur degré est vacant, & par conséquent, les enfans de ces personnes peuvent y être placés par représentation. Les enfans peuvent donc représenter leur pere, lorsque leur pere est mort civilement, comme lorsqu'il est prédécédé.

Les enfans d'un fils exhérédé peuvent-ils le représenter lorsqu'il est vivant ? La raison de douter est que l'exhérédation l'ayant dépouillé de son

droit de succéder, il semble qu'il n'occupe plus son degré, & que ses enfans peuvent y être placés par la représentation, comme dans un degré vacant. La raison de décider est que les enfans de l'exhérédé ne peuvent pas le représenter lorsqu'il est vivant; elle se tire de la maxime qu'on ne peut représenter un homme vivant; que cet exhérédé, quoiqu'exclus de la Succession par l'exhérédation, n'est point privé de son état civil, qu'il occupe son degré dans la famille du défunt, quoiqu'il soit exclus de sa Succession par une raison particuliere; la représentation ne peut donc pas placer ses enfans dans ce degré, puisqu'il est rempli: d'ailleurs il éluderoit la peine de l'exhérédation, s'il pouvoit recueillir pour ses enfans sa part en la Succession dont il est exclus.

Les enfans de l'exhérédé peuvent-ils le représenter, même lorsqu'il est prédécédé? La raison de douter est que la représentation consiste à faire succéder les représentans à la place de la personne représentée, & à leur faire avoir la même part en la Succession, qu'y auroit eue la personne représentée, si elle eût survécu, ainsi que nous le verrons ci-après. Or, l'exhérédé, s'il eût survécu, n'auroit eu aucune part dans la Succession au moyen de son exhérédation; les enfans qui prétendent le représenter, n'en peuvent donc prétendre aucune, & par conséquent inutilement le représenteroient-ils. La raison de décider au contraire, est que la faute qui a fait mériter l'exhérédation à l'exhérédé, lui étant personnelle, l'exhérédation qui en est la peine, lui doit être personnelle, & ne doit point rejaillir, par conséquent, sur ses enfans, ni les empêcher de venir à la Succession de leur aïeul, par représentation de leur pere exhérédé; l'exhérédation n'ayant été portée que contre la personne de l'exhérédé, pour l'exclure personnellement de la Succession, cette exhérédation est anéantie par son prédécès. Qu'est-ce donc qui peut les empêcher de venir à cette Succession? A l'égard de l'objection qu'on fait, que les représentans ne sont subrogés par la représentation qu'aux droits qu'auroit eus la personne représentée, si elle eût survécu, la réponse est que les enfans de l'exhérédé sont subrogés à la part que l'exhérédé, s'il eût survécu, auroit dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée par les raisons ci-dessus expliquées.

Tout ce que nous avons dit touchant les enfans de l'exhérédé, reçoit pareille application à l'égard des enfans de l'indigne, il y a entiere parité de raison; c'est pourquoi on doit pareillement décider que les enfans de l'indigne, ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé.

Les enfans de la fille mariée, excluse de la Succession, ou par la Coutume, ou par sa renonciation, la représentent-ils? Il est constant qu'ils ne peuvent la représenter, lorsqu'elle est vivante lors de l'ouverture des Successions de ses pere & mere, auxquelles elle a renoncé; cela est fondé sur la regle générale, qu'on ne peut représenter un homme vivant, & sur ce que ces renonciations seroient illusoires, si une fille mariée pouvoit recueillir, pour ses enfans, la part à laquelle elle a renoncé.

Il y a plus de difficulté lorsque la fille mariée a prédécédé son pere ou sa

mere à la Succession de qui elle a renoncé. Dumoulin, sur l'article 123. de l'ancienne Coutume de Paris, dit avoir pensé que ses enfans pouvoient la représenter; que la renonciation de leur mere ne pouvoit leur être opposée, parce qu'elle n'avoit pu renoncer que pour elle, & non pour ses enfans, qui, lorsqu'ils viennent à la Succession de leur aïeul par représentation de leur mere, ne tiennent point de leur mere la part qu'ils y ont; *factum matris filios non ligat quia mater non potuit renuntiare pro filiis, sed pro se tantùm.* Néanmoins le contraire a été jugé par deux Arrêts rapportés par Louet, de 1564 & 1569, & Brodeau dit que celui de 1569 a fixé la Jurisprudence. Lebrun atteste aussi que c'est la Jurisprudence. La raison en est, que ces renonciations des filles par leur contrat de mariage, sont des loix de famille dont l'effet doit être perpétuel dans la famille, & ne se pas borner à la fille qui a renoncé, mais doit s'étendre à tous les descendans de cette fille. Au surplus, la dot qu'elle a reçue forme une exception péremptoire contre ses enfans ou petits-enfans, qui, après son décès, prétendroient la représenter dans la Succession de leurs aïeuls ou bisaïeuls, puisque cette dot lui a été donnée pour lui tenir lieu, ainsi qu'à eux, de la part qu'ils prétendent avoir de ladite Succession. *Duæ causæ lucrativæ non possunt concurrere in eâdem personâ.*

Il faut décider aussi que les enfans de la fille mariée, qui est excluse, par les Coutumes, de succéder, ne peuvent pas la représenter quoique prédécédée; il y a quelques-unes de ces Coutumes qui s'en expliquent, comme Tours, Bourgogne, Auvergne, &c.; & il le faut décider de même dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas : l'esprit de toutes ces Coutumes étant de conserver l'intégrité des biens à la race masculine, & par conséquent, d'exclure la postérité des filles aussi-bien que les filles elles-mêmes, lorsqu'elles auroient été pourvues par mariage.

§. III.

De l'effet de la représentation.

L'effet de la représentation est de rapprocher les enfans d'un fils ou d'une fille prédécédée au degré qu'occupoit leur pere ou leur mere dans la famille du défunt, & de les faire, en conséquence, succéder à la place de leurdit pere ou mere, avec les autres fils ou filles du défunt.

Si une Succession est déférée à un fils & aux enfans d'un autre fils prédécédé, & que le fils renonce, la représentation qui place les enfans d'un fils prédécédé au degré de leur pere, aura-t-elle l'effet de leur donner le droit d'exclure les enfans de l'autre fils, qui a renoncé à la Succession? La raison de douter est que la représentation ayant été introduite pour admettre à la Succession des enfans qui sont dans un degré plus éloigné avec ceux qui sont dans un degré plus proche, il semble qu'elle doit être bornée à cet effet, & qu'on ne doit pas lui donner celui d'exclure d'autres enfans qui sont au même degré. Néanmoins il faut décider que dans

cette espece les enfans qui succédent par représentation de leur pere ou mere prédécédés, auront toute la Succession, & excluront les enfans de l'autre fils, qui a renoncé. La raison en est, que par la représentation, la Succession a été déférée aux enfans du fils prédécédé, qui s'étant trouvés cohéritiers du fils renonçant, sa part leur est accrue par sa renonciation, suivant les articles 310 de Paris & 359 d'Orléans, qui portent que *la part de l'enfant qui renonce accroît aux autres enfans héritiers.*

Les enfans d'un fils prédécédé excluent-ils les enfans d'un autre fils vivant, lequel est exhérédé ? Pour l'affirmative, on dira que les enfans du fils prédécédé étant placés, par la représentation, au premier degré qu'occupoit leur pere, ils se trouvent avoir une priorité de degré sur les enfans de l'exhérédé, qui ne se trouvent être qu'au second, & ne peuvent être rapprochés au premier, qui est occupé par leur pere exhérédé, qui est vivant; qu'ainsi les enfans du fils prédécédé doivent les exclure. Pour la négative, on dira, au contraire, que la fiction de la représentation ne doit avoir lieu que pour le cas pour lequel elle est faite; qu'étant faite pour faire concourir les enfans d'un degré plus éloigné avec ceux qui se trouvent dans un degré plus proche, elle ne doit avoir lieu que lorsque la Succession se trouvant déférée à un enfant du premier degré, il est nécessaire de rapprocher les enfans d'un degré plus éloigné au degré de leurs pere & mere prédécédés, pour qu'elle puisse être déférée pareillement; mais que, lorsqu'il ne se trouve aucun enfant dans un degré plus proche qu'eux, à qui la Succession pût être déférée, comme dans cette espece, où l'exhérédation du fils empêche qu'elle ne lui puisse être déférée, en ce cas, la Succession pouvant être déférée au degré dans lequel ils se trouvent, sans le secours de la représentation, il ne doit point y avoir lieu à la représentation; ils ne doivent point être placés au premier degré qu'occupoit leur pere ou mere prédécédés, & par conséquent, ne se trouvant qu'au même degré de celui auquel se trouvent les enfans de l'autre fils exhérédé, ils ne doivent point les exclure. On réplique, pour la premiere opinion, en niant le principe sur lequel la seconde est fondée; savoir, qu'il ne doit point y avoir lieu à la représentation en faveur des enfans d'un fils ou d'une fille prédécédés, que lorsqu'il y a un enfant du premier degré auquel la Succession soit déférée; & on soutient, au contraire, qu'indistinctement, aussitôt que l'un de plusieurs fils meurt naturellement ou civilement, les enfans de ce fils prédécédé entrent dans le degré qu'il occupoit, sans attendre si lors de l'ouverture de la Succession de leur aïeul, il se trouvera ou non d'autres fils ou filles à qui la Succession soit déférée.

La représentation faisant succéder les représentans à la place de leur pere ou mere qu'ils représentent, il s'ensuit qu'ils ne peuvent avoir tous ensemble que la même part & portion qu'auroit eue leurdit pere ou mere s'il eût survécu; ils ne peuvent jamais avoir plus.

C'est pourquoi, si un fils prédécédé avoit quelque chose en avancement de Succession, ses enfans, qui le représentent, quoiqu'ils aient renoncé à la Succession, seront obligés de rapporter ou précompter ce que leur pere, qu'ils représentent, a reçu, de la même maniere que leur pere auroit été obligé de le rapporter.

Il n'est pas douteux que la représentation ne peut jamais donner aux représentans plus que n'auroit eu le représenté; mais leur donne-t-elle quelquefois moins ? On fait à ce sujet la célebre question de savoir si la représentation donne aux filles de l'aîné prédécédé le préciput d'aînesse qu'auroit eu leur pere, qu'ils représentent ? Les Coutumes se sont partagées sur cette question; il y en a, comme Reims, Laon, &c. qui le refusent, & n'admettent, en ce cas, les filles qui viennent par représentation de leur pere, qu'à une portion virile de la Succession. La raison de cette décision paroît très-plausible; la représentation peut bien faire succéder les filles de l'aîné, petites-filles du défunt, au degré qu'occupoit leur pere; mais elle ne peut pas leur communiquer le sexe de leur pere, ni par conséquent leur faire passer le droit d'aînesse de leur pere, inséparable de son sexe, ni les faire succéder au préciput d'aînesse, qui est un droit attaché au droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, les Coutumes de Paris & d'Orléans, & plusieurs autres, décident que les filles de l'aîné représentent leur pere au droit d'aînesse; la raison en est que la représentation substituant les représentans à la portion de la personne qu'ils représentent, ils doivent l'avoir telle que la personne représentée l'auroit eue elle-même; que les représentans ne succedent point de leur chef, mais du chef de la personne qu'ils représentent. Ce n'est point dans leur personne qu'on doit rechercher, ni le sexe, ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse, mais dans la personne qu'ils représentent, qui doit à cet égard être sur ce représentée.

La fille d'un aîné exhérédé prédécédé, le représente-t-elle au droit d'aînesse ? Oui; car elle doit avoir la portion telle qu'auroit eue son pere, sans l'exhérédation, laquelle est anéantie par son prédécès, ainsi que nous l'avons déjà observé ci-dessus.

Doit-on suivre l'opinion embrassée par la Coutume de Paris en faveur de la fille de l'aîné dans les Coutumes qui ne s'en sont point expliquées ? Il y lieu de le penser, quelque plausible que paroisse la raison de l'opinion contraire : la raison est que cette décision, en faveur de la fille de l'aîné, n'a été insérée dans la nouvelle Coutume de Paris, que parce que la Jurisprudence s'étoit fixée à cette opinion par un Arrêt de 1550, rapporté par tous les Auteurs : d'où il suit que cette disposition de la Coutume de Paris, ne doit point passer pour une simple disposition locale, mais pour un point de Jurisprudence, qui doit, conséquemment, avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas.

§. IV.

De la représentation à l'effet simplement de partager.

Il y a une espece de représentation, qui n'a d'autre effet que de faire partager la Succession par souches, & non par personnes.

Il y a lieu à cette espece de représentation, lorsque plusieurs petits-enfans, issus de différens fils ou filles tous prédécédés, viennent ensemble

à la Succeſſion de leur aïeul, il ne peut y avoir lieu en ce cas à la repréſentation à l'effet de ſuccéder; tous ces petits-enfans étant tous en égal degré, n'ont pas beſoin du ſecours de la repréſentation pour concourir enſemble à la Succeſſion de leur aïeul; mais il y a lieu à la repréſentation à l'effet de partager, parce que, dans le partage, les petits-enfans, iſſus de chacune des différentes ſouches, repréſentent tous enſemble la ſouche dont ils ſont iſſus, & ne prennent tous enſemble que la part qu'auroit eue ladite ſouche, ſi ce fût elle qui eût ſuccédé.

Cette diſtinction des différentes eſpeces de repréſentation, ſert à décider la queſtion ſuivante.

Une perſonne laiſſe en mourant deux fils, qui renoncent l'un & l'autre à ſa Succeſſion; cette Succeſſion ayant été depuis reconnue opulente par un retour de vaiſſeaux qu'on croyoit perdus, quatre petits-fils du défunt ſe préſentent pour la recueillir; trois de ſes petits-fils ſont les enfans d'un des fils qui a renoncé, & le quatrieme eſt le fils unique de l'autre fils qui a pareillement renoncé; partageront-ils la Succeſſion par ſouches, de telle maniere que l'un des petits-fils, enfant unique de l'un des fils, ait ſeul la moitié, & les trois autres aient tous enſemble ſeulement l'autre moitié. S'il n'y avoit point d'autre repréſentation que celle à l'effet de ſuccéder, on ne pourroit pas dire qu'ils ſuccéderoient par repréſentation; car la repréſentation à l'effet de ſuccéder, conſiſte à faire entrer les petits-enfans dans le degré qu'occupoit leur pere, ce qui ne ſe peut en cette eſpece; car les peres de ces petits-enfans étant vivans & occupant leur degré, c'eſt le cas de la maxime qu'on ne peut repréſenter un homme vivant. Que ſi ces petits-enfans ne ſuccédent pas par repréſentation des ſouches dont ils ſont iſſus, il s'enſuivroit qu'ils devroient partager la Succeſſion *in capita*, par perſonnes; d'un autre côté, il eſt inoui qu'une Succeſſion ſe partage autrement que par ſouche, lorſque des petits-enfans de différentes ſouches ſuccedent. La conciliation de tout ceci, eſt qu'il n'y a plus, à la vérité, dans cette eſpece, lieu à la repréſentation à l'effet de ſuccéder; mais qu'il y a lieu à une autre eſpece de repréſentation, qui eſt à l'effet de partager. La maxime qu'on ne repréſente point un homme vivant, a lieu dans la premiere eſpece de repréſentation, parce qu'on ne peut ſuccéder & entrer dans le degré d'un homme vivant qui le remplit; mais rien n'empêche que, dans la repréſentation qui n'eſt qu'à l'effet de partager, on repréſente un homme vivant; c'eſt-à-dire, que des petits-enfans de différens fils qui ont renoncé, repréſentent leur pere dans le partage, à l'effet que ceux qui ſont nés de chacun deſdits fils, prennent tous enſemble la même part qu'auroit pris leur pere, ſi c'étoit leur pere qui eût ſuccédé.

ARTICLE II.

Du droit d'aîneſſe.

La plupart des Coutumes accordent un droit d'aîneſſe à l'aîné des enfans qui ſuccede à leur pere ou mere, ou autres aſcendans. Elles ſont

fort différentes entr'elles sur ce droit d'aîneſſe. Nous ne nous attacherons qu'aux Coutumes de Paris & d'Orléans.

§. I.

A qui les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent-elles le droit d'aîneſſe.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent un droit d'aîneſſe au fils aîné, ou à ceux qui le repréſentent dans la Succeſſion des biens nobles de ſes pere ou mere, ou autres aſcendans. Elles accordent ce droit aux Roturiers comme aux Nobles.

Le fils aîné à qui ce droit eſt accordé, eſt celui qui, lors de l'ouverture de la Succeſſion, c'eſt-à-dire, lors du décès de celui dont la Succeſſion eſt à partager, ſe trouve l'aîné de ſes enfans mâles, il n'importe qu'il y en ait eu d'autres nés avant lui, lorſqu'ils ſont prédécédés ou morts civilement, ſans laiſſer de poſtérité qui les repréſente.

Le ſecond fils auroit-il le droit d'aîneſſe, ſi le premier ſe trouvoit, à la vérité, vivant lors de la Succeſſion ouverte, mais étoit exhérédé ? Je ne le penſe pas. Il y a grande différence entre la mort civile & l'exhérédation. La mort civile faiſant perdre au fils aîné ſon état civil, il n'eſt plus cenſé exiſter, il eſt retranché de la famille, il n'occupe plus ſa place, & par conſéquent, lorſqu'il n'a point de poſtérité qui ſuccede à ſa place vacante par la mort civile, le puîné qui le ſuit peut y ſuccéder & la remplir; il devient l'aîné, puiſqu'il n'y en a aucun autre qui le précede, le mort civilement étant compté pour rien; il n'en eſt pas de même de l'exhérédation, elle exclud bien l'aîné exhérédé du droit de ſuccéder aux biens de ſon pere; mais elle ne le retranche pas de la famille, il y occupe ſa place, & par conſéquent le puîné qui le ſuit ne peut le précéder & ſe dire l'aîné.

A plus forte raiſon doit-on décider que le ſecond fils ne peut prétendre le droit d'aîneſſe, lorſque le fils aîné a renoncé à la Succeſſion, quoique gratuitement; il y a dans cette eſpece une raiſon de plus que dans la précédente, pour exclure le ſecond fils du droit d'aîneſſe, qui eſt qu'il a été déféré à l'aîné à qui la Succeſſion a été déférée; que cet aîné ayant renoncé à la Succeſſion, ſa part, dont le droit d'aîneſſe faiſoit partie, eſt accrue à tous les autres enfans héritiers ſans prérogative d'aîneſſe, ſuivant que le décident les articles 310 de Paris & 359 d'Orléans, qui diſent que la part de l'enfant qui renonce, accroît aux autres enfans héritiers ſans prérogative d'aîneſſe; c'eſt le ſentiment de Dumoulin, dont quelques Auteurs ſe ſont mal-à-propos écartés.

Le fils a le droit d'aîneſſe ſur ſes ſœurs, quoiqu'elles ſoient ſes aînées; lorſqu'il n'y a que des filles, il n'y a point de droit d'aîneſſe. Paris, art. 19, Orléans, art. 89, *in fine*.

Il y a quelques Coutumes contraires, qui donnent, à défaut d'enfans mâles, le droit d'aîneſſe à la fille aînée; telle eſt celle de Tours.

Le

Le fils né avant le mariage & légitimé depuis, a le droit d'aîneſſe ſur les enfans nés de ce mariage, l'a-t-il ſur les enfans nés d'un mariage intermédiaire? Dumoulin décide avec raiſon qu'il ne l'a pas; & qu'au contraire, le fils aîné du premier mariage, quoique plus jeune que lui, a le droit d'aîneſſe ſur lui. La raiſon en eſt évidente. Cet enfant né avant le mariage, eſt réputé, par le mariage que ſon pere contracte avec ſa mere, enfant de ce mariage; ce mariage n'étant que le ſecond mariage de ſon pere, il eſt enfant du ſecond mariage; il ne peut donc avoir le droit d'aîneſſe ſur ceux du premier; car il répugne que l'enfant du ſecond mariage ſoit l'aîné, par rapport à ceux du premier. Il eſt vrai qu'il eſt né avant ceux du premier, qu'il eſt plus âgé qu'eux; mais il eſt né à la famille de ſon pere du jour du mariage avec ſa mere; on ne doit compter ſon âge que depuis ce temps; & en le comptant ainſi, c'eſt-à-dire, en fixant à ce temps ſa naiſſance, il ſe trouve le puîné. Ajoutez à ces raiſons, que l'enfant du premier mariage ayant été en poſſeſſion du droit d'aîneſſe pendant le premier mariage, il ne peut pas en être dépouillé par le ſecond. Lebrun eſt néanmoins d'un ſentiment contraire.

Entre deux jumeaux, c'eſt celui qui eſt ſorti le premier du ſein de ſa mere qui eſt le premier; car naître, c'eſt ſortir du ſein de la mere; celui qui en eſt le premier ſorti, eſt donc le premier né, ou ce qui eſt la même choſe, l'aîné.

On doit s'en rapporter ſur cela au témoignage des parens, ſoit exprès, ſoit tacite. Il eſt exprès, s'ils ont écrit ſur leur journal ou ailleurs, qui des deux eſt né le premier; il eſt tacite, lorſque l'un des deux jumeaux a toujours été dans la famille en poſſeſſion de la qualité d'aîné; on peut auſſi ſur ce fait recourir au témoignage des Accoucheurs, des Gardes, & autres ſemblables perſonnes.

S'il étoit abſolument incertain lequel des deux eſt l'aîné, par qui le droit d'aîneſſe pourroit-il être prétendu? Dumoulin décide qu'en ce cas, le ſort en doit décider. Lebrun, après Faber, dit: que les deux jumeaux doivent enſemble partager le droit d'aîneſſe, ce qui ne ſe peut ſoutenir; car c'eſt admettre deux aînés dans une famille, & donner deux chefs à un même corps, ce qui répugne. J'inclinerois à décider qu'en ce cas, le droit d'aîneſſe ne devroit être prétendu par aucun des deux, & qu'ils ſe feront obſtacle mutuellement. Ma raiſon eſt que tout demandeur étant obligé de prouver le fait qui ſert de fondement à ſa demande, ſuivant cette maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit*, chacun de ces jumeaux qui prétendroit le préciput accordé par la Coutume à l'aîné, ſeroit obligé de prouver qu'il eſt effectivement l'aîné : aucun des deux ne pouvant le prouver, parce que nous ſuppoſons le fait incertain, il s'enſuit qu'aucun des deux ne doit rien obtenir dans la demande de ce préciput, & qu'aucun des deux ne doit l'avoir. Ce ſentiment eſt d'autant plus favorable, qu'il ramene les choſes à l'égalité entre les enfans.

Si l'un des jumeaux s'étoit fait céder les droits ſucceſſifs de l'autre, pourroit-il prétendre, en ce cas, le préciput d'aîneſſe? Son moyen, en ce cas, eſt de dire que, s'il n'eſt pas certain lequel des deux eſt l'aîné, au moins

il est certain que l'un des deux l'est; d'où il conclura que le préciput d'aînesse est dû à l'un des deux, & que, réunissant en sa personne, par la cession qui lui a été faite, les droits des deux, le préciput accordé à l'aîné ne peut lui être contesté. Peut-être pourroit-on répondre que, de ce qu'il est certain que l'un des deux est l'aîné, on ne doit pas en tirer une conséquence que le préciput est dû à l'un des deux; car, pour que le préciput d'aînesse soit dû à un enfant, il ne suffit pas qu'il soit l'aîné, il faut de plus qu'il soit reconnu pour tel, & qu'il puisse justifier qu'il est effectivement l'aîné. C'est pourquoi il n'est dû à aucun des deux dans cette espece, puisqu'aucun des deux ne peut justifier ce fait. N'étant dû à aucun des deux, la cession par laquelle l'un des deux a les droits de l'autre, lui est inutile.

La Coutume accorde le droit d'aînesse, non-seulement à la personne de l'aîné, elle l'accorde pareillement aux enfans de l'aîné, qui le représentent en la Succession de leur aïeul; ce qui a lieu, quand même il ne seroit représenté que par des filles, suivant que nous l'avons vu, article I[er]. §. III.

Les enfans qui représentent l'aîné, prennent tous ensemble le préciput d'aînesse qu'auroit pris leur pere; mais dans la subdivision qu'ils font ensemble, l'aîné de la branche prend lui-même, sur ses freres & sœurs, un droit d'aînesse. *Finge ;* il y avoit dans une Succession un manoir noble, & pour 40000 liv. d'autres biens nobles; les enfans de l'aîné, qui succédent par représentation avec leurs oncle & tantes, prennent tous ensemble le manoir & la moitié des biens nobles qui montent à 20000 livres, & dans la subdivision, s'ils sont au nombre de trois petits-enfans, l'aîné d'entr'eux prendra le manoir & la moitié des fiefs échus en leur portion, c'est-à-dire, 10000 livres.

Que s'il n'y avoit que des filles qui représentassent le fils aîné, il n'y auroit point entr'elles de droit d'aînesse dans la subdivision, ainsi le décide la Coutume de Paris, art. 324 & art. 305. *S'il n'y a que filles, elles représentent, toutes ensemble l'aîné leur pere, sans droit d'aînesse entr'elles, & s'il y a mâles,* (ajoute la Coutume d'Orléans) *se partira la Succession entre les enfans du fils aîné, le droit de prérogative gardé à l'aîné desdits enfans.*

La raison de ce préciput accordé à l'aîné dans cette subdivision, n'est pas (comme dit Lebrun) que cette subdivision doive être regardée comme un partage que font les enfans de l'aîné de la Succession de leur pere, dans laquelle il appartient à l'aîné d'entr'eux un préciput. Cette raison est fausse; cette subdivision est un partage qu'ils font de la Succession de leur aïeul, & non de celle de leur pere, à qui ces biens n'ont jamais pu appartenir. Si cette subdivision étoit regardée comme un partage qu'ils font de la Succession de leur pere, ils ne pourroient y avoir part, s'ils n'eussent été héritiers de leur pere; néanmoins il est certain qu'ils peuvent y avoir part, quoiqu'ils aient renoncé à la Succession, comme nous l'avons vu en l'article précédent, §. I[er].; ils ne peuvent donc point être censés avoir partagé la Succession de leur pere par cette subdivision. Il ne faut point chercher d'autre raison de ce préciput accordé à l'aîné dans

la ſubdiviſion que celle-ci : ſavoir, que les ſubdiviſions des Succeſſions doivent ſe régler ſur le partage principal, & qu'on doit obſerver les mêmes régles que dans le partage principal; d'où il ſuit, que de même, que le partage principal doit ſe faire, à la charge d'un préciput & droit d'aîneſſe, en faveur de l'aîné; de même la ſubdiviſion doit ſe faire, à la charge d'un préciput & droit d'aîneſſe, en faveur de l'aîné de ceux entre qui ſe fait la ſubdiviſion.

De ce principe naît la déciſion de pluſieurs queſtions : 1°. On demande ſi le préciput doit avoir lieu dans la ſubdiviſion du lot échu à chacune des branches cadettes, comme il a lieu dans la ſubdiviſion de celui échu à la branche aînée? La raiſon de douter eſt que la Coutume n'a parlé que de la ſubdiviſion de celui échu à la branche aînée. La raiſon de décider que ce préciput doit avoir lieu dans la ſubdiviſion des lots des branches cadettes, ſe tire de notre principe, qui milite également à l'égard de ces ſubdiviſions, comme à l'égard de celle du lot de la branche aînée; c'eſt qu'elle n'a eu occaſion de parler que de celle-là; il paroît par une Sentence de 1689, rapportée par l'Editeur de la Coutume de 1711, que c'eſt la Juriſprudence de notre Siége.

2°. On demande ſi l'aîné des repréſentans, qui a renoncé à la Succeſſion de ſon pere, peut prendre ce préciput dans la ſubdiviſion? Lebrun, en ſuivant ſon faux principe, décide qu'il ne le peut : il faut au contraire décider qu'il le peut; car cette ſubdiviſion étant un partage de la Succeſſion de l'aïeul, & non de celle de ſon pere, peu importe qu'il ait renoncé à la Succeſſion de ſon pere.

3°. On demande ſi ce préciput de la ſubdiviſion entre les petits-enfans qui viennent à la Succeſſion de leur aïeul par repréſentation de leur pere, ſe régle, eu égard au nombre de ſes petits-enfans qui s'eſt trouvé lors du décès du pere, ou eu égard à celui qui s'eſt trouvé lors de la Succeſſion de l'aïeul? Lebrun, en ſuivant ſon faux principe, dit que c'eſt eu égard au temps du décès du pere : il faut dire au contraire que c'eſt eu égard au temps du décès de l'aïeul, puiſqu'il s'agit dans cette ſubdiviſion du partage de la Succeſſion de l'aïeul, & non de celle du pere.

4°. On demande ſi l'aîné qui, dans la Succeſſion de ſon pere arrivée avant la mort de l'aïeul, a déjà pris un manoir, en peut prendre un autre dans cette ſubdiviſion? Il faut dire qu'il le peut, puiſque c'eſt une autre Succeſſion que celle du pere.

§. II.

Sur quels biens les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent-elles un droit d'aîneſſe?

Les Coutumes de Paris & d'Orléans, n'accordent droit d'aîneſſe que ſur les biens nobles.

Les biens nobles ſont les fiefs & les franc-aleux nobles.

Il ne suffit pas qu'un héritage soit intrinséquement un fief pour être sujet au droit d'aînesse, il faut que le défunt le tienne en fief. C'est pourquoi, si j'ai pris à cens ou rente un héritage féodal, pour lequel le bailleur s'est réservé la charge de la foi, cet héritage, quoiqu'intrinséquement féodal, ne se partagera pas noblement, & ne sera pas sujet au droit d'aînesse dans ma Succession, parce que, quoique cet héritage fût intrinséquement un fief, je ne le tenois pas à titre de fief, mais je le tenois à cens ou rente du bailleur, qui s'en est retenu la foi. Au contraire ce droit de cens ou rente se partagera noblement, & sera sujet au droit d'aînesse dans la Succession du bailleur, à qui il appartient, & dans celle de ses Successeurs; c'est la disposition des articles 345, 346 & 347 de notre Coutume.

Le franc-aleu noble est celui auquel est attaché un droit de Justice, de fief, ou de censive. Il n'y a que le franc-aleu noble qui se partage noblement, les autres héritages en franc-aleu, auquel aucun de ces droits n'est attaché, se partagent sans droit d'aînesse, de même que les héritages tenus en censive.

Les rentes foncieres, quoiqu'à prendre sur un fief, si celui à qui elles sont dues ne les tient pas à la charge de la foi, soit pour lesdites rentes, soit pour l'héritage sur lequel elles sont à prendre, ne sont point biens nobles, & se partagent sans droit d'aînesse.

Il faut dire la même chose, à plus forte raison, des rentes constituées, quoiqu'assignées spécialement sur un fief, à moins qu'elles ne soient inféodées.

La créance d'un fief n'est pas proprement & en elle-même, une chose féodale; néanmoins lorsqu'elle se doit terminer au fief même, elle se partage dans la Succession du créancier comme une chose féodale, parce que, par rapport à l'effet qu'elle doit produire, elle se considere comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle se doit terminer suivant cette maxime, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

C'est pourquoi si, par exemple, le défunt avoit acheté un fief qui ne lui a pas été livré de son vivant, son fils aîné dans sa Succession aura la même portion dans l'action, pour se faire livrer le fief, qu'il auroit eue dans le fief même, s'il eût été livré au défunt.

Par la même raison, si le défunt a laissé dans sa Succession une action de réméré ou une action rescisoire pour rentrer dans l'héritage féodal qu'il avoit vendu, l'aîné aura dans cette action son droit d'aînesse, en exerçant par ses puînés cette action de réméré, ou cette action rescisoire, & il aura la même portion dans cet héritage, que si le défunt y étoit rentré de son vivant.

Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, quoique l'aîné eût sa part avantageuse dans l'action qu'avoit le défunt pour se le faire livrer; néanmoins il ne doit que sa part virile du prix. Il est vrai que le vendeur n'est pas obligé de le lui livrer qu'il ne lui paye le total du prix, mais l'aîné en a la répétition, sa part virile confuse, contre ses freres & sœurs qui en sont tenus, chacun pour leur portion virile,

comme d'une dette de la Succeſſion, car le prix étoit dû par le défunt; &, comme nous le verrons par la ſuite, l'aîné n'ayant ce qu'il y a de plus que ſes freres & ſœurs, que comme un préciput, il ne doit, comme les puînés, que ſa portion virile des dettes de la Succeſſion.

Lorſque l'aîné exerce avec ſes freres une action reſciſoire qu'avoit le défunt, Dumoulin, art. 18, *gloſſ.* 1, *v.* 30, décide que l'aîné n'eſt tenu pareillement, que pour ſa portion virile, de la reſtitution du prix qu'il faut en ce cas rendre à l'acheteur, parce que la reſtitution de ce prix eſt une dette paſſive de la Succeſſion du défunt, qui ſe trouve avoir reçu ce prix, *ſine causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçu étant reſcindé. Lorſque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de ſon vivant, & dont il devoit le prix; ce prix eſt une dette de ſa Succeſſion, dont les puînés ſont tenus pour leur part virile, quand même ils ne voudroient pas exercer l'action qu'avoit le défunt pour ſe faire livrer l'héritage; car de même que le vendeur, créancier de ce prix, auroit pu contraindre le défunt à payer ce prix, quand même le défunt auroit dit qu'il ne vouloit plus avoir l'héritage; de même l'aîné des enfans qui aura payé le prix au vendeur, étant ſubrogé en conſéquence aux droits du vendeur, pourra répéter contre ſes puînés leurs portions viriles de ce prix, quand même ils diroient qu'ils ne veulent point avoir leur portion de l'héritage.

Doit-on décider la même choſe dans le cas auquel le défunt a laiſſé dans ſa Succeſſion une action reſciſoire contre la vente qu'il a faite d'un fief? L'aîné peut-il obliger les puînés à contribuer, pour leurs portions viriles, à la reſtitution du prix, quand même ces puînés diroient qu'ils ne veulent point exercer cette action reſciſoire? La raiſon de douter eſt que, dans cette eſpece, la reſtitution du prix n'eſt pas une dette abſolue; mais ſeulement au cas que l'action reſciſoire ſoit exercée, le défunt n'auroit pas été obligé à cette reſtitution, dans le cas auquel il n'auroit pas voulu exercer ſon action reſciſoire; les puînés, comme ſes héritiers, n'y doivent donc pas pareillement être obligés, lorſqu'ils ne veulent pas l'exercer. Je penſe néanmoins qu'il faut décider que, ſi cette action reſciſoire eſt avantageuſe à la Succeſſion conſidérée en général, l'aîné qui voudra exercer cette action, peut obliger ſes puînés à l'exercer avec lui, & à contribuer, pour leurs portions viriles, à la reſtitution du prix. La raiſon eſt que c'eſt un principe général, que toutes les fois que des héritiers ont entr'eux des intérêts différens pour exercer ou non des droits & actions de la Succeſſion, conſidérée en général, & lorſqu'il ſe trouve de l'intérêt de la Succeſſion ainſi conſidérée, que l'action ſoit exercée, il ne doit pas dépendre de ceux qui ont un intérêt particulier à ne la pas exercer, qu'elle ne le ſoit pas.

Lorſque l'aîné exerce avec ſes freres une action de réméré que le défunt avoit laiſſée dans ſa Succeſſion, la reſtitution du prix que le défunt a reçu, ne peut, en ce cas, paſſer pour une dette de ſa Succeſſion, le contrat, en vertu duquel le défunt a reçu le prix, n'eſt point reſcindé; la reſtitution du prix n'eſt, en ce cas, autre choſe qu'une charge de l'action de réméré, qui ne peut être exercée qu'à la charge de cette reſtitution du

prix, & par conséquent, l'aîné doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans l'action de réméré. Dumoulin le décide, art. 18, *L.* 1. *n°.* 30.

La créance d'un fief, *actio ad feudum consequendum*, est regardée comme une chose féodale, lorsqu'elle se termine effectivement à faire avoir le fief. En est-il de même lorsque, par l'inexécution de l'obligation du débiteur, elle ne se termine qu'en des dommages & intérêts? Je pense qu'il faut distinguer deux cas. Le premier est si, dès le temps de l'ouverture de la Succession, le débiteur étoit hors d'état de remplir son engagement, & de livrer l'héritage féodal; *puta*, s'il avoit vendu au défunt un héritage qui ne lui appartenoit pas, & qu'il n'étoit pas en son pouvoir de livrer; ou si, après l'avoir vendu au défunt, il l'avoit vendu & livré à un autre acheteur du vivant du défunt : en ces cas & autres semblables, je pense que la créance qu'avoit le défunt, lors de sa mort, contre le vendeur de l'héritage féodal, ne doit pas passer pour un bien féodal, ni se partager comme tel dans sa Succession. La raison est que, si la créance d'un héritage féodal passe quelquefois pour un bien féodal, ce n'est pas qu'elle soit en elle-même quelque chose de féodal; mais c'est que, par anticipation, on considere en cette créance moins ce qu'elle est en elle-même, que la chose en laquelle elle se doit résoudre & terminer, qui est un héritage féodal. De-là, il suit que la créance d'un fief ne doit être considérée comme un fief, qu'autant qu'elle doit effectivement s'y terminer & s'y résoudre; & que, dès qu'elle ne s'y doit plus terminer, mais en des dommages & intérêts, par l'impossibilité où s'est mis le débiteur de remplir son engagement & de livrer le fief, dès-lors la créance du fief ne se peut plus considérer comme quelque chose de féodal, & ne doit se partager dans la Succession du créancier, que comme un bien ordinaire.

Le second cas est si le débiteur de l'héritage féodal s'est mis, par son fait ou par sa faute, depuis l'ouverture de la Succession du créancier, hors d'état de remplir son obligation. En ce cas, je pense que la créance de l'héritage féodal doit se considérer & partager dans la Succession du créancier, comme un bien noble, & que l'aîné doit avoir la même part dans les dommages & intérêts, qu'il auroit eue dans l'héritage féodal, s'il eût été livré. *Finge :* un pere a acheté de son vivant, un héritage féodal, il est mort avant qu'il lui ait été livré, & a laissé quatre enfans; le vendeur, depuis la mort de l'acheteur, se met, par son fait ou par sa faute, hors d'état de remplir son obligation. *Puta;* il vend l'héritage qu'il avoit vendu au défunt, à un second acheteur, & le lui livre; ou bien si c'est une maison qu'il avoit vendue, il la laisse brûler par sa faute; je dis qu'en ce cas, la créance, quoiqu'elle ne se puisse plus terminer qu'en des dommages & intérêts, doit se partager comme se seroit partagé l'héritage même qui en étoit l'objet, & que l'aîné doit avoir, non pas seulement un quart, mais la moitié desdits dommages & intérêts. La raison en est que l'aîné, lors de l'ouverture de la Succession, dès l'instant de la mort du défunt, a été saisi pour moitié du droit qu'avoit le défunt de se faire livrer l'héritage que le vendeur pouvoit encore livrer. Il ne doit pas dépendre du fait & de la faute du vendeur de changer la condition de l'aîné, & de restreindre à un

quart la portion de l'aîné, dans l'action *ex empto*, qu'avoit le défunt, après que l'aîné a été saisi de cette action pour moitié; d'ailleurs les dommages & intérêts dûs par le vendeur, doivent être à chacun des enfans, à proportion du tort qu'il a fait à chacun d'eux. Or en se mettant, par sa faute, hors d'état de livrer l'héritage, il a fait tort à l'aîné seul de la moitié de l'héritage qu'il auroit eue, & aux deux autres enfans ensemble de l'autre moitié qu'ils auroient eue en eux deux : ayant donc fait autant de tort à l'aîné seul qu'aux deux autres ensemble, l'aîné doit avoir autant de dommages & intérêts que les deux autres puînés ensemble; c'est-à-dire, qu'il doit avoir la moitié. Ceci ne paroît pas souffrir de difficulté.

§. III.

Comment les choses sur lesquelles l'aîné exerce son droit d'aînesse, doivent-elles appartenir à la Succession.

Non-seulement les choses dont le défunt étoit déjà propriétaire, lors de l'ouverture de la Succession, sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'étoit point encore propriétaire, mais qui lui étoient dues, sont pareillement sujettes au droit d'aînesse, lorsqu'en conséquence du droit que le défunt avoit d'exiger lesdites choses qu'il a laissées dans sa Succession, elles sont, par la suite, avenues à ses héritiers; car, comme nous l'avons observé au §. précédent, ce droit est, par anticipation, regardé comme la chose même à laquelle il se doit terminer. Nous n'en dirons rien davantage, en ayant parlé dans les §. précédens.

Non-seulement les choses dont le défunt a eu le droit de propriété sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'avoit qu'une propriété imparfaite & résoluble, y sont pareillement sujettes; celles même dont le défunt n'étoit point du tout propriétaire, & dont il avoit seulement la possession civile, y sont sujettes jusqu'à ce qu'elles soient réclamées par le vrai propriétaire.

Des choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite.

Les choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite, révocable, sujette à rescision, ne laissent pas d'appartenir à sa Succession, non pas parfaitement, mais imparfaitement, & de la même maniere qu'elles appartenoient au défunt; l'aîné y doit par consequent prendre son droit d'aînesse, pour l'avoir sous les mêmes conditions sous lesquelles la chose appartenoit au défunt. Par exemple, si le défunt avoit acquis un héritage féodal par un contrat, contre lequel le vendeur auroit droit de se faire restituer, & qu'il meure avant que le vendeur ait songé à se faire restituer, le fils aîné prendra, en attendant, sa portion avantageuse d'aîné dans cet héritage, qu'il cessera d'avoir, lorsque le vendeur se sera fait restituer contre la vente qu'il en avoit faite au défunt.

De-là naît la question de savoir quelle part aura l'aîné dans le prix que le vendeur restituera. Dumoulin décide fort bien qu'il n'aura que sa part virile dans le prix; c'est-à-dire égale à celle qu'auront ses puînés, & non une part proportionnée à la portion qu'il avoit dans l'héritage restitué au vendeur. La raison en est que les enfans ne reçoivent point ce prix, comme le prix d'une chose qui leur appartient, & qu'ils retrocédent au vendeur; car, par les lettres de rescision, le contrat de vente qui en avoit été fait au défunt est entiérement détruit, & l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu ni au défunt, ni à eux; ils ne reçoivent cette somme, que comme une somme qui se trouve due à sa Succession par le vendeur, qui se trouve l'avoir reçue du défunt *sine causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçu étant détruit; par conséquent, l'aîné ne peut y avoir d'autre part que sa portion virile, comme dans toutes les autres dettes de la Succession.

Si les enfans, pour ne pas souffrir la rescision du contrat, rapportoient le supplément du juste prix, Dumoulin décide que l'aîné ne devroit payer que sa portion virile dans ce supplément, quoiqu'il ait seul la moitié de l'héritage, par la raison que, comme nous le verrons par la suite, l'aîné ayant ce qu'il y a de plus que ses freres à titre de préciput, ne doit que sa portion virile dans les dettes de la Succession. Or, il regarde ce supplément comme une dette du défunt, qui n'avoit pas payé tout ce qu'il devoit du juste prix de l'héritage. Cette décision de Dumoulin est juste.

S'il étoit de l'intérêt de la Succession de suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, *puta;* s'il étoit devenu plus précieux depuis le contrat, l'aîné pourroit contraindre ses autres freres à suppléer à ce juste prix, mais s'il n'y a aucun avantage pour la Succession à suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, l'aîné ne peut pas, pour son intérêt particulier, obliger les puînés à contribuer à ce supplément.

Si le défunt avoit acheté un héritage féodal à la charge de réméré, & que le réméré soit exercé après sa mort, Dumoulin, art. 18, *gloss.* 1. *n.* 31, décide que l'aîné doit avoir une portion proportionnée dans le prix du réméré à celle qu'il avoit dans l'héritage. La raison en est que ce prix que le vendeur, qui exerce le réméré, doit rendre, n'est point une chose qui fût due au défunt, c'est le prix de la rétrocession que les enfans de l'acheteur sont obligés de faire au vendeur qui veut exercer le réméré, en conséquence du droit de réméré qu'il a retenu sur cet héritage. Or, chacun doit avoir dans le prix de cette rétrocession, une portion proportionnée à la portion de l'héritage qu'il rétrocéde; l'aîné qui rétrocéde la moitié qu'il avoit dans cet héritage, doit donc avoir la moitié du prix.

Il faut décider la même chose, lorsque le défunt a acquis un héritage féodal, sujet à un droit de retrait féodal, ou de retrait lignager, ou à un droit de refus, & que quelqu'un desdits droits est exercé contre les enfans. L'aîné doit avoir dans le prix du retrait, une portion proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage retiré.

Lorsque le défunt a laissé dans sa Succession une portion indivise d'un fief qu'il avoit en commun, soit avec sa femme, soit avec son cohéritier, soit

ſoit avec quelqu'autre copropriétaire, il n'eſt pas douteux que, tant que cette portion indiviſe demeure dans la Succeſſion, l'aîné y prend ſon droit d'aîneſſe. La queſtion eſt de ſavoir ſi le fief étant depuis licité entre les enfans & le copropriétaire, & adjugé à ce copropriétaire, l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, la même portion qu'il avoit dans l'héritage. La raiſon de douter, eſt qu'on dit que les licitations, comme les partages, ont un effet rétroactif; qu'en conſéquence le copropriétaire, à qui l'héritage a été adjugé par la licitation, eſt cenſé en avoir toujours été le ſeul propriétaire, à la charge d'un retour en deniers qui ſeroit réglé par la licitation, & qu'en conſéquence les enfans ſont cenſés n'avoir ſuccédé au défunt qu'à la créance de ce retour en deniers, dans lequel l'aîné ne peut prétendre de droit d'aîneſſe. Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'il faut décider, que l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, une part proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage avant la licitation. Lorſqu'on dit que la licitation a un effet rétroactif, c'eſt parce que le cohéritier, ou copropriétaire qui ſe fait adjuger l'héritage en total, a eu, dès le tems qu'il a commencé d'être propriétaire par indivis, par la qualité de ſa poſſeſſion indiviſe, le droit de devenir, par la licitation, propriétaire du total; puiſque la licitation n'eſt pas tant cenſée un nouveau titre d'acquiſition, que l'exécution du titre originaire, par lequel ces cohéritiers ou copropriétaires ont enſemble ſuccédé à l'héritage, ou l'ont acquis enſemble ſous la condition tacite & naturelle de la liciter entr'eux. D'où il ſuit que le cohéritier ou copropriétaire, à qui l'héritage eſt adjugé par la licitation, eſt cenſé l'avoir, même pour le total, en vertu d'un même titre, par lequel il a commencé d'être propriétaire par indivis; d'où il ſuit qu'il ne doit point de profit pour la licitation, qui ne doit pas être regardée comme un nouveau titre d'acquiſition; d'où il ſuit que, ſi la portion indiviſe lui étoit échue par Succeſſion, le ſurplus étant cenſé lui provenir du même titre, lui ſeroit propre. Mais lorſque l'héritage a été adjugé par licitation au cohéritier ou copropriétaire qui l'avoit par indivis avec le défunt, il demeure toujours vrai que le défunt eſt mort propriétaire de ſa portion indiviſe de cet héritage, qu'elle s'eſt toujours trouvée dans ſa Succeſſion, que ſon aîné a eu le droit, par conſéquent, d'y prendre ſon droit d'aîneſſe, qu'il a été ſaiſi de ſa portion avantageuſe qui lui appartient, comme aîné, dans cette portion; ainſi avec ſes puînés & le cohéritier ou copropriétaire du défunt, parties licitantes, il doit avoir, dans le prix de la licitation, une partie qui réponde à celle qu'il avoit dans l'héritage licité.

Cette eſpece fait naître une autre queſtion, qui eſt de ſavoir ſi, ſur la licitation, l'aîné & ſes freres ſe rendant conjointement adjudicataires, l'aîné peut prétendre avoir ſa portion avantageuſe dans celle qui leur avient par la licitation, aux offres de payer au prorata le prix de la licitation ? La raiſon de douter ſe tire encore de l'effet rétroactif des licitations & partages; on dira que le total eſt cenſé leur être échu de la Succeſſion de leur pere, & que l'aîné doit exercer ſon droit d'aîneſſe ſur tous les biens de la Succeſſion. Néanmoins je penſe que la portion, avenue par la licitation aux enfans qui ſe ſont rendus adjudicataires conjointement, doit être partagée

entr'eux également, sans que l'aîné y puisse prétendre plus que les autres. La raison est que le droit de liciter est attaché à la portion indivise que chacun des enfans a dans l'héritage, que celui qui a la moindre portion indivise a un droit de liciter égal à celui qui a la portion la plus grande; que les puînés ayant eu un droit de liciter égal à celui de leur aîné, & s'étant rendus, conjointement avec lui, adjudicataires, ils doivent partager également la portion qui leur est avenue par la licitation. A l'égard de l'objection qu'on fait sur l'effet rétroactif des partages, qui fait que la moitié qui leur avient par la licitation, est censée leur être avenue au même titre de Succession, auquel leur est avenue l'autre moitié; la réponse est qu'il suit seulement de ce principe, que la part qu'ils auront chacun dans celle qui leur est avenue par la licitation, sera censée leur être avenue au même titre que celle qu'ils avoient déjà, à l'effet qu'ils ne payent point de profit, qu'elle leur soit propre; mais il ne s'ensuit pas que l'aîné prendra un droit d'aînesse dans cette portion comme dans l'autre, parce qu'il n'y avoit que l'autre qui fût effectivement de la Succession.

Des choses dont le défunt n'étoit point en tout propriétaire, & n'avoit que la seule possession civile.

Quoiqu'un héritage n'appartînt point au défunt qui le possédoit, l'aîné ne laisse pas d'y prendre en attendant son droit d'aînesse, tant que le propriétaire ne le reclame point; car il est censé, en attendant, appartenir à la Succession du défunt qui en étoit en possession; tout possesseur étant réputé propriétaire, tant que celui qui l'est effectivement ne paroît point. D'ailleurs, la Coutume donnant à l'aîné la moitié ou les deux tiers, suivant le nombre des enfans, *des héritages tenus en fief*, elle ne requiert autre chose, sinon que le défunt les *tînt* en fief; il suffit donc qu'il les tînt, qu'il les possédât, pour que l'aîné puisse y exercer son droit d'aînesse.

Au surplus, l'aîné a sa portion d'aînesse dans ces héritages, de la même maniere qu'ils appartenoient au défunt; c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'ils soient réclamés par celui qui en est le vrai propriétaire. Son droit cesse, lorsque le vrai propriétaire se les est fait délaisser sur sa demande en revendication.

De-là naît la question de savoir, si l'aîné qui a été obligé avec ses freres de délaisser cet héritage, aura la même portion dans l'action de garantie, contre celui qui l'a vendu au défunt, qu'il avoit dans l'héritage même? Il faut dire que non; car cette action de garantie, quoiqu'elle ait pour objet l'héritage féodal, ne devant point se terminer à l'héritage, mais à des dommages & intérêts, ne peut être considérée comme étant en quelque façon l'héritage même, ni par conséquent comme étant quelque chose de féodal, où l'aîné peut prétendre un droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse qu'exerce l'aîné sur un héritage féodal, que le défunt possédoit sans en être propriétaire, cesse, non-seulement lorsque cet héritage est revendiqué par un tiers, qui est le vrai propriétaire; il cesse aussi

ſi les enfans, depuis la Succeſſion échue, deviennent eux-mêmes propriétaires, *ex novâ causâ*, comme ſi celui qui en étoit effectivement le propriétaire, le leur a légué, ou s'ils ſont devenus ſes héritiers.

Quid, ſi le vrai propriétaire déclaroit qu'il conſent que ſon héritage qui a été vendu au défunt, appartienne à ſes enfans, & qu'il approuve la vente qui leur en a été faite ? Dumoulin fait une diſtinction : Si celui qui a vendu l'héritage au défunt, l'avoit vendu, quoique ſans pouvoir, au nom de ce vrai propriétaire, en ce cas il convient que, quoique les enfans ne deviennent propriétaires que par cette ratification, intervenue depuis la mort de leur pere, néanmoins l'aîné doit conſerver à toujours ſon droit d'aîneſſe dans cet héritage, parce que cette ratification du propriétaire, au nom duquel l'héritage a été vendu, a un effet rétroactif au tems du contrat, ſuivant la regle, *ratihabitio mandato comparatur ;* de telle maniere que le défunt eſt cenſé l'avoir véritablement acheté de ce propriétaire, & l'avoir tranſmis dans ſa Succeſſion ; ſinon la propriété de l'héritage, au moins le droit réſultant du contrat de vente qui lui a été fait, lequel devant ſe terminer, comme il s'y eſt effectivement terminé, par la ratification, à la propriété de cet héritage, pouvoit, par anticipation, paſſer pour l'héritage, ſuivant nos principes ci-deſſus.

Que ſi la vente qui a été faite au défunt, n'a pas été faite au nom de ce vrai propriétaire, Dumoulin penſe qu'en ce cas, l'héritage doit appartenir aux enfans par portions égales, à moins que l'aîné ne juſtifiât que le propriétaire qui a fait cette déclaration, a eu une autre intention. La raiſon eſt qu'en ce cas, les enfans ont cet héritage, non en vertu de la vente qui a été faite à leur pere, mais *ex novâ causâ ;* le conſentement que donne en ce cas le propriétaire ne pouvant pas paſſer pour une ratification qui ait un effet rétroactif au contrat de vente, qui n'a point été fait en ſon nom.

Si, depuis la mort, le propriétaire, dont le défunt poſſédoit l'héritage, étoit devenu l'héritier de celui qui l'a vendu au défunt, il n'eſt pas douteux, en ce cas, que l'aîné conſerveroit ſon droit d'aîneſſe dans cet héritage ; car il ne réſulte pas de cet événement une acquiſition que faſſent les enfans de cet héritage, *ex novâ causâ ;* mais il en réſulte ſeulement un obſtacle contre la revendication que le propriétaire en auroit pu faire, chacun des enfans en doit profiter pour la part dont chacun d'eux eſt ſaiſi, l'aîné pour la ſienne qui eſt plus grande, & les puînés pour la leur.

§. IV.

En quoi conſiſte le droit d'aîneſſe ſur les héritages qui y ſont ſujets ?

Le droit d'aîneſſe conſiſte : 1°. Dans un manoir ; c'eſt-à-dire, une maiſon à demeurer, que l'aîné a droit de choiſir parmi toutes celles de la Succeſſion : 2°. Dans une certaine quantité de terre, réglée par les Coutumes, autour dudit manoir : 3°. Dans une portion avantageuſe dans le ſurplus des biens nobles, que nos Coutumes de Paris & d'Orléans réglent à deux

tiers, quand il n'y a que deux enfans, & à la moitié ; quand il y en a un plus grand nombre.

Du Manoir.

Nos Coutumes entendent par manoir une maison à demeurer. C'est pourquoi, s'il se trouve dans la Succession une grange seule, ou un moulin seul, l'aîné ne pourroit pas prendre cette grange ni ce moulin pour son manoir ; car une grange & un moulin n'étant pas faits pour la demeure des hommes, ne peuvent passer pour manoir.

Que si le moulin contenoit une chambre pour la demeure du meûnier, il pourroit passer pour manoir.

Le terme de *manoir* comprend, tant les maisons de ville que de campagne : l'aîné peut choisir une maison de ville, aussi-bien qu'une maison de campagne, lorsqu'il s'en trouve dans la Succession. La Coutume dit que l'aîné a le manoir, ainsi qu'il se comporte & poursuit.

Par ces termes, *ainsi qu'il se comporte*, elle entend que l'aîné le prend en l'état qu'il est. S'il est en mauvais état de réparations, il ne peut pas prétendre en être récompensé, ni que ses puînés soient tenus de contribuer à le réparer.

Par ce terme *poursuit*, la Coutume entend que l'aîné a tout ce qui fait partie dudit manoir, tout ce qui est au nombre de ses appartenances & dépendances.

Néanmoins si dans ce que renferme le manoir, il y avoit quelque petit terrein qui ne fût pas en fief, il n'appartiendroit pas à l'aîné, qui devroit faire, en ce cas, raison à ses puînés des parts viriles qui appartiennent à chacun d'eux dans ce terrein ; car l'aîné ne peut exercer son droit d'aînesse que sur ce qui est tenu noblement.

Il ne peut pas y avoir de difficulté sur ce qui compose un manoir de ville & en fait partie, si ce n'est peut-être sur certaines choses, dont on doute si elles sont meubles, ou si elles sont partie d'une maison. Voyez, à cet égard, le Traité de la Division des choses.

A l'égard de ce qui compose un manoir de campagne, la Coutume de Paris, art. 13, s'en explique. Elle dit, *le château ou manoir principal, & basse cour attenante & contigue destinée à icelui, encore que le fossé du château, ou quelque chemin, fût entre deux.*

Le manoir est donc composé : 1°. Du château ou logis du maître (*pratorium*), offices, cuisines, écuries, remises : 2°. La cour de ce château, contenue dans le circuit des murs ou fossés : 3°. Les fossés, car ils sont partie du château, dont ils composent la clôture.

S'il y a de l'eau & du poisson dans les fossés, ce poisson appartient à l'aîné, comme faisant partie des fossés, & par conséquent du manoir. Voyez le Traité de la Division des choses en meubles & immeubles.

4°. La basse-cour, ce qui comprend les bâtimens destinés pour l'exploitation des terres, tels que sont les granges, pressoirs, étables, bergeries, logis des serviteurs & servantes de labour.

La Coutume de Paris a fort bien observé que la basse-cour ne laissoit

pas d'être censée faire un seul manoir avec le château, quoiqu'il y eût un chemin public entre l'une & l'autre.

L'ancienne Coutume de Paris réputoit aussi le jardin, quelque grand qu'il fût, faire partie du manoir, & l'accordoit à l'aîné. Elle s'exprimoit ainsi, art. 8. *Le fils aîné prend le principal manoir avec le jardin, selon sa clôture, tenu en fief; s'il n'y a jardin, un arpent.*

La Coutume réformée de Paris, a restreint le droit de l'aîné, par rapport au jardin, à un arpent, par ces termes de l'art. 13, *& outre un arpent de terre de l'enclos ou jardin.*

Cette restriction de la Coutume de Paris, doit être suivie dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas; & elle est d'autant plus nécessaire, que le luxe, qui augmente de jour en jour, porte les particuliers à se faire des jardins & des parcs d'une étendue immense. *Jam pauca aratro jugera regiæ moles relinquent.*

Cela ne peut pas faire de question dans notre Coutume, qui suppose assez clairement, en l'article 96, que l'aîné ne peut avoir plus d'un arpent en jardin ou enclos, lorsqu'elle dit : *Si ès Successions y a un seul fief, consistant seulement en un manoir, avec basse-cour & enclos d'un arpent....*

Il n'est pas douteux que le four ou pressoir, qui n'est destiné que pour l'usage du pere de famille, & qui se trouve dans l'enclos que renferme le manoir, fait partie de ce manoir, & appartient en entier à l'aîné. En est-il de même d'un four ou d'un pressoir bannal ? Les Coutumes de Paris, art. 14, & d'Orléans, art 92, distinguent fort bien le corps du four ou du pressoir, & le droit de bannalité; elles décident que le corps du four ou du pressoir se trouvant dans l'enclos du manoir, en fait partie, & en conséquence appartient en entier à l'aîné; mais qu'il n'a que sa portion avantageuse des deux tiers ou de la moitié, suivant le nombre des enfans, dans le droit de bannalité, parce que ce droit est un être intellectuel, une chose incorporelle distinguée du corps du four ou du moulin où ce droit s'exerce, & qui ne fait point, par conséquent, partie du manoir.

Lesdites Coutumes, auxdits articles, décident la même chose pour le moulin, quoique non bannal, qui se trouveroit situé manoir; elles décident que le corps dudit moulin appartient bien en entier à l'aîné; mais que le profit qui se retire dudit moulin, ne lui appartient point en entier, & se partage comme le reste des biens féodaux, entre lui & ses freres & sœurs. La raison est que l'aîné ne peut prétendre comme dépendance du manoir, que ce qui est destiné pour l'usage du pere de famille. Or un moulin n'est pas destiné pour l'usage du pere de famille, il ne sert pas à moudre seulement ses grains, mais il est destiné à moudre pour le public, & à produire un revenu comme les autres parties intégrantes du fief.

Il n'en est pas de même d'un colombier. Un colombier est destiné pour l'usage du pere de famille, & ce n'est que par accident qu'il s'afferme, lorsque le pere de famille n'étant pas sur le lieu, n'en peut pas jouir par lui-même. C'est pourquoi nulle difficulté que les puînés n'y peuvent rien prétendre.

Nos Coutumes accordant part aux puînés dans les revenus du moulin

bannal ou non bannal, & dans ceux du four & du pressoir bannal, il s'ensuit que ces puînés qui ont part au profit, doivent porter une part proportionnée dans les charges. Nos Coutumes, aux articles ci-dessus cités, s'en expliquent; *& sont tenus les puînés contribuer aux frais de moulans, tournans & travaillans du ditmoulin, corps du four & pressoir, & ustensiles d'iceux.*

Qu'entendent les Coutumes par ces termes, *contribuer aux corps de four & pressoir ?* Est-ce à dire qu'ils doivent contribuer aux réparations qui seroient à faire au corps de four ou pressoir, puisqu'il sert à l'exercice de la bannalité, dont ils partagent les profits ? L'aîné ne pourroit-il pas même prétendre plus; savoir, que les puînés qui, ayant part au profit de la bannalité, doivent contribuer à tout ce qui sert à son exercice, lui dussent payer, pour la part qu'ils ont dans le profit de la bannalité, le loyer du corps du four ou pressoir qu'il fournit seul pour l'exercice de la bannalité, puisque ce corps du four ou du pressoir appartient à lui seul ? Et en ce cas, recevant le loyer, il devroit être chargé seul des réparations.

Les puînés, de leur côté, peuvent prétendre que l'aîné devant contribuer seul, pour la moitié, aux ustensiles, puisqu'il a la moitié du profit, & ne se trouvant propriétaires que d'une portion virile dans les ustensiles qui se sont trouvés dans la Succession, lesquels sont des meubles, il doit racheter d'eux ce qui manque de la portion, pour laquelle il doit contribuer auxdits ustensiles, ou leur en payer le loyer.

Quoique les Coutumes accordent aux puînés leur part dans les revenus des fours & pressoirs bannaux, & du moulin bannal ou non bannal, elles permettent néanmoins à l'aîné de retenir le total, en récompensant ses puînés, soit en héritages de la Succession, soit en deniers.

On ne doit pas comprendre parmi ce qui fait partie du manoir, les droits de justice & de mouvances féodales & censuelles. Il est vrai que l'exercice de ces droits se fait au château ou principal manoir; mais ces droits sont en eux-mêmes quelque chose de très-différent du château, puisque ce sont des êtres incorporels & intellectuels; ces droits sont des parties intégrantes du fief, dans lesquelles l'aîné n'a droit d'avoir que sa portion avantageuse, comme dans le reste du fief. Il est néanmoins de la prudence du Commissaire au partage de ne les pas diviser, & de les assigner en entier dans le lot de l'aîné, en récompensant les puînés en autres héritages.

A l'égard du droit de patronage, Duplessis pense qu'il doit appartenir à l'aîné en entier; ce n'est pas qu'il fasse partie du manoir; car il est attaché à l'universalité de la terre, mais c'est que ce droit est indivisible, & qu'il consiste en des honneurs qui ne sont point appréciables à prix d'argent.

Les Coutumes, outre le manoir, accordent encore à l'aîné une certaine quantité de terres autour du manoir, qu'elles appellent vol de chapon, comme qui diroit ce que peut parcourir de terre un chapon volant. Cette quantité de terre est différemment réglée par les Coutumes; celles de Paris & d'Orléans le fixent à un arpent.

Voici comme s'explique celle de Paris : *Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir....; & en outre à lui appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant il y en a.*

Lorsque le jardin ou enclos est spacieux, l'aîné ne peut donc y prendre qu'un arpent, & cet arpent doit être pris dans le terrein le plus proche du manoir, suivant qu'il résulte de ces termes, *joignant ledit manoir.*

Si le jardin ou enclos joignant le manoir, contenoit moins d'un arpent, l'aîné devroit s'en contenter, & ne pourroit point prétendre de supplément; c'est ce qui résulte de ces termes, *si tant il y en a.*

Il en résulte aussi que, s'il n'y avoit aucun jardin ni enclos qui dépendît du manoir, l'aîné n'auroit point de vol de chapon, & ne pourroit pas demander un arpent de terre aux environs du manoir; car la Coutume lui donne, non un arpent *indefinitè*, mais un arpent de l'enclos ou jardin, *si tant il y en a;* donc s'il n'y en a point, il ne doit rien avoir.

Que s'il n'y avoit point de manoir, la Coutume de Paris, art. 18, lui accorde un arpent de terre où il voudra, au lieu de manoir. *S'il n'y a manoir principal en un fief.... ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre en tel lieu qu'il voudra....*

C'est une question s'il ne peut prendre, en ce cas, qu'un arpent de terre nue. Dumoulin, sur l'art. 11 de l'ancienne Coutume de Paris, *gloss.* 1, *n.* 1, suppose qu'il peut prendre cet arpent en vignes, en pré, aussi bien qu'en terres d'autre nature. Il fait plus de difficulté à l'égard des terres plantées en bois de haute-futaie; néanmoins il décide qu'il peut prendre son arpent en cette nature, non pas néanmoins indistinctement, mais seulement dans le cas où il resteroit dans la Succession assez de bois de haute-futaie, pour que les cadets en eussent au moins pour eux tous un arpent.

A l'égard d'une terre où on auroit fait un étang, ou dans laquelle on auroit ouvert une mine ou une carriere, ou sur laquelle il y auroit un moulin, ou quelqu'autre édifice construit, il convient que l'aîné n'y peut pas prendre son arpent, à moins qu'il n'offrît de transférer, à ses dépens, l'étang ou l'édifice dans un autre lieu aussi commode. Ses raisons sont que ces termes de la Coutume, *peut avoir un arpent de terre*, ne signifient pas un terrein bâti, ou sur lequel on ait établi des ouvrages, tels que sont des mines & des carrieres. *Debet intelligi de simplici spatio terræ.* Il tire encore un argument de ces autres termes de la Coutume, *où il n'y a que terres labourables*, pour en conclure que la Coutume a entendu que cet arpent seroit *de terrâ arabili, non autem quandò alia notabilis qualitas accederet excedens valorem, & rationem simplicis terræ. Facit,* (ajoute-t-il) *quod in materiâ strictâ appellatione simplici, non venit simplex qualificatum.*

Ceux qui ont écrit depuis Dumoulin sur la Coutume de Paris, Brodeau, Ricard, Lemaître, ont encore restreint son sentiment. Ils prétendent que l'aîné ne peut prendre son arpent en bois, en pré, en vignes, qu'à défaut de terres labourables. Les raisons même de Dumoulin, rapportées ci-dessus, peuvent servir à établir ce sentiment, qui seroit encore beaucoup plus incontestable, s'il étoit vrai, comme ils le conjecturent, que l'esprit de la Coutume, en accordant à l'aîné cet arpent, a été de lui donner une place pour se construire un manoir, n'en trouvant point dans la Succession.

Observez que cet arpent de terre n'étant accordé, par la Coutume, qu'à défaut d'un manoir, s'il s'en trouve un dans la Succession, quel qu'il soit &

en quelque mauvais état qu'il soit, il doit s'en contenter, & il ne seroit pas recevable à le laisser pour prendre ailleurs un arpent de terre. C'est ce qui résulte de ces termes de la Coutume, *s'il n'y a manoir principal.* Dumoulin décide ainsi, article 18, *gloss.* 1, *in principio.*

Il résulte des mêmes termes, comme l'observe Dumoulin, *dicto loco*, qu'une cabanne de berger ne peut passer pour manoir.

Passons à la Coutume d'Orléans. Elle s'explique ainsi touchant le vol du chapon, *prendra un manoir .... avec le vol du chapon estimé à un arpent de terre, à l'entour dudit manoir, s'il y a tant de terre féodale joignante ledit manoir.*

Cet arpent de terre se prend dans le jardin ou enclos, s'il y en a un qui dépend du manoir; s'il n'y en a point, l'aîné ne laissera pas de prendre cet arpent, s'il se trouve de la terre joignant le manoir suffisamment pour fournir ledit arpent. Pareillement, si le jardin est de moindre contenance, il pourra prendre de quoi parfaire l'arpent dans la terre féodale joignante.

Pour fournir cet arpent, on doit, comme l'observe Delalande, poser la chaîne en dehors des fossés, ou autre clôture du manoir; si le manoir n'a point de clôture, on pose la chaîne au pied du mur de la maison.

L'aîné prend cet arpent, en quelque nature de terre que se trouve la terre joignante le manoir, soit en vignes, soit en verger, soit en futaies, &c.

La terre ne laisse pas d'être censée joignant le manoir, quoiqu'il y ait un chemin public entre l'un & l'autre.

L'arpent de terre est accordé à l'aîné par notre Coutume, comme un accompagnement & un accessoire du manoir; c'est pourquoi s'il n'y a point de manoir, l'aîné ne pourra prétendre rien pour le vol du chapon. C'est ce qui résulte de ce terme, *avec le vol*, &c. C'est le sentiment de Delalande & de l'Auteur des notes de 1711. Notre Coutume n'a point adopté la disposition de la Coutume de Paris, qui donne un arpent de terre à défaut de manoir. Il nous reste à observer que cet arpent se régle suivant la mesure qui a lieu dans le territoire où le manoir est situé.

Si l'aîné peut prendre pour son manoir la créance d'un manoir, ou une rente à prendre sur un manoir.

La créance d'un héritage, lorsqu'elle doit se terminer à avoir l'héritage, étant, suivant que nous l'avons déjà observé, considérée, par anticipation, comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle doit se terminer; il s'ensuit que, si quelqu'un a laissé dans sa Succession la créance d'un manoir féodal, *puta*, s'il a acheté une maison tenue en fief qui ne lui a point été livrée de son vivant, son fils aîné pourra prendre pour son manoir cette créance, & se faire livrer par le vendeur la maison qu'il a vendue au défunt.

C'est une autre question, si l'aîné peut prendre pour son manoir une rente seigneuriale qui se trouve dans la Succession à prendre sur un manoir: *Finge*; une personne donne à rente une maison féodale, en s'en retenant la directe & la charge d'en porter la foi, & laisse cette rente dans sa Succession; l'aîné

l'aîné pourra-t-il la prendre pour son manoir ? Notre Coutume, article 93, décide qu'il le peut; la raison est que la seigneurie directe du manoir, sur lequel la rente est à prendre, étant attachée à cette rente, cette rente peut, en quelque façon, être considérée comme le manoir même sur lequel elle est à prendre, puisque celui à qui appartient cette rente est le Seigneur direct de ce manoir.

Notre Coutume se contente même qu'il reste une masure, ou apparence de manoir sur laquelle cette rente soit à prendre, pour que l'aîné puisse prendre cette rente à la place d'un manoir.

Suivant ce même principe, elle décide en l'article suivant, que si la rente seigneuriale est à prendre, tant sur un manoir que sur des terres qui en dépendent, l'aîné pourra prendre, en ce cas, dans cette rente, au lieu & place de manoir, une portion de cette rente, proportionnée à ce qu'est le manoir & vol de chapon, par rapport aux autres terres sur lesquelles la rente est à prendre, sauf à partager avec ses puînés le surplus de ladite rente, comme se partagent les biens féodaux.

Ces dispositions de nos Coutumes d'Orléans, doivent-elles être suivies dans les autres Coutumes qui ne s'en expliquent pas ? Je ne le pense pas. Le manoir est donné par les Coutumes à l'aîné pour l'habiter, & par conséquent, les Coutumes n'ont entendu parler que d'un manoir en nature, & non pas d'une rente à prendre sur un manoir. La question peut souffrir difficulté, & M. R. est d'avis contraire au nôtre.

Si l'aîné peut prendre un manoir dans chacune des Successions de pere, mere, aïeul, &c.

Notre Coutume, art. 97, a apporté une limitation au droit de l'aîné touchant le manoir, qui est, *qu'il ne peut demander prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, c'est à savoir en Succession de pere, ou en Succession de mere.*

La Coutume de Lorris, tit. 1, art. 24, contient la même disposition mot pour mot. Elle ajoute, *toutefois si lesdites deux Successions avenoient audit fils, & il n'y eût qu'un manoir commun entre le pere & la mere, conquêt de leur communauté, quand viendra à la Succession du dernier décédé, l'aîné prendra l'autre moitié dudit manoir, qui ne seront, en ce cas, réputés que pour un manoir.*

La Coutume de Dunois, article 10, contient la même disposition & semblable explication. Après sa disposition conçue en mêmes termes que celle de notre Coutume, elle ajoute, *pourvu que tel manoir soit entier.*

Cette explication doit-elle être suivie dans notre Coutume, & en conséquence l'aîné qui a pris par préciput la moitié d'un conquêt dans la Succession du premier décédé de ses pere & mere, peut-il prendre l'autre moitié du même conquêt qui se trouve dans la Succession du dernier décédé ? Je pense avec Delalande qu'il le peut. La Coutume de Lorris n'ayant autrefois fait qu'une seule & même Coutume, elles doivent se servir d'interpretes l'une à l'autre. Cette interprétation est encore fortifiée par une

pareille interprétation, qui se trouve dans la Coutume de Dunois, voisine de la nôtre, & qui paroît en avoir emprunté beaucoup de dispositions. Cette interprétation est d'ailleurs prise dans la raison même sur laquelle paroît fondée la disposition de notre Coutume, qui est que le manoir étant accordé à l'aîné pour son logement, & l'aîné n'ayant besoin que d'un seul logement, notre Coutume a jugé qu'il ne devoit avoir qu'un seul manoir dans les deux Successions de pere & de mere, qu'elle a, à cet effet, réuni sous un même point de vue, & considéré comme une même Succession. Or, le fils aîné qui, après avoir pris la moitié d'un manoir conquêt, dans la Succession de son pere, prend ensuite dans celle de sa mere l'autre moitié de ce même manoir, se trouve n'avoir qu'un seul manoir pour les deux Successions; car les deux moitiés d'un même manoir ne font qu'un seul manoir : il n'a donc rien de plus que ce que la Coutume a voulu lui accorder, savoir un manoir pour les deux Successions.

S'il s'étoit trouvé dans la Succession du premier décédé une moitié de manoir que l'aîné eût prise pour son préciput, & qu'il se trouvât dans la Succession de l'autre la moitié d'un autre manoir, l'aîné pourroit-il prendre encore cette moitié de l'autre manoir? Non; de même que si, dans une même Succession, il se trouvoit deux manoirs qui n'appartinssent chacun que pour moitié à la Succession, l'aîné ne pourroit pas prétendre les avoir l'un & l'autre : de même dans cette espece, les deux Successions de pere & de mere étant considérées sous un seul point de vue, & comme une seule & même Succession, il ne peut pas les prétendre l'une & l'autre; car deux moitiés d'un seul manoir font bien un seul manoir; mais les moitiés de différens manoirs ne font pas un seul manoir; ce sont deux manoirs que l'aîné auroit, à la vérité, chacun pour moitié seulement, mais il ne peut en avoir qu'un.

L'aîné qui a pris dans la Succession de son pere, premier décédé, un manoir, peut-il, en le rapportant, en choisir un autre dans la Succession de sa mere? Les Coutumes de Châteauneuf, art. 5, & d'Auxerre, art. 55, le lui permettent expressément, & je pense que c'est aussi l'esprit de la nôtre, quoiqu'elle ne s'en exprime pas. Notre Coutume, comme toutes les autres, accorde à l'aîné le choix d'un manoir, en réunissant les Successions du pere & de la mere; elle accorde à l'aîné le choix entre les manoirs de l'une & de l'autre Succession; son choix ne peut donc être consommé, que lorsque l'une & l'autre Succession sont échues; car, pour qu'un choix soit consommé, il faut qu'il ait été fait entre toutes les choses entre lesquelles le choix est accordé. *L. 4. & L. 5. ff. de opt. leg.* Or, l'aîné ne peut faire son choix entre tous les manoirs des deux Successions, tel qu'il lui est accordé, que les deux Successions ne soient échues, il ne consomme donc pas son choix en prenant un manoir dans la Succession du prédécédé; ce choix qu'il fait ne peut être regardé que comme un choix provisionnel, & il peut en prendre un autre dans la Succession du dernier décédé, en rapportant celui qu'il a pris.

Lorsque l'aîné qui a pris un manoir dans la Succession du premier décédé, le laisse pour en prendre un autre dans la Succession du dernier

décédé, il doit non-seulement rapporter à partage celui qu'il a pris dans la Succession du premier, mais aussi faire raison des jouissances à ses puînés pour la part qui leur en appartient; car ce manoir n'étant pas celui qu'il doit avoir par préciput, au moyen de ce qu'il en a choisi un autre, il ne devoit lui appartenir que pour les deux tiers ou moitié, selon le nombre des enfans; ayant joui du total, il doit faire raison à ses puînés des jouissances de l'autre tiers ou de l'autre moitié.

La question ne laisse pas de souffrir difficulté. M. R. pense au contraire qu'il n'est point obligé au rapport des jouissances; que la Coutume, en décidant que l'aîné ne pourroit prétendre un manoir qu'une fois dans l'une ou dans l'autre Succession, n'a voulu autre chose, sinon qu'il n'en eût pas deux à la fois, parce qu'il n'en a pas besoin de deux pour se loger; mais qu'elle n'a pas entendu empêcher qu'il en eût un dans la Succession du prédécédé, en attendant qu'il en prît un autre dans celle du survivant, puisqu'il a besoin d'être logé en attendant. Cette interprétation me paroît faire violence au texte, qui porte en termes formels, *qu'il ne pourra avoir prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, en Succession de pere ou en Succession de mere.*

S'il l'a dans la Succession du dernier décédé, il ne peut pas l'avoir en tout dans celui du premier décédé, puisque la Coutume dit ne l'avoir qu'une fois, & seulement dans l'une des deux Successions; il ne peut donc pas même en garder les jouissances jusques à l'ouverture de l'autre Succession.

Il y a d'autres cas où l'aîné, qui a pris un manoir, en peut prétendre un autre, au lieu de celui qu'il a pris.

1°. Lorsque l'aîné a fait son choix étant mineur, & qu'il a été lezé dans ce choix, il peut se faire restituer contre ce choix. *L.* 7. §. 7. *ff. de min.*

2°. Si le manoir qu'il a choisi lui a été évincé, parce qu'il n'appartenoit point à la Succession, il peut en prétendre un autre, s'il s'en trouve dans la Succession. La raison en est évidente : la Coutume lui accorde le choix d'un manoir de la Succession; le choix erroné qu'il fait d'un manoir, qui n'en est pas, n'est pas celui que la Coutume lui accorde; on ne peut donc pas dire qu'il ait consommé son choix.

Si le manoir appartenoit à la Succession, mais étoit sujet à un droit de réversion, ou à quelqu'autre cause d'éviction que l'aîné, lorsqu'il a fait son choix, n'ait su ni pu savoir, il y a lieu de penser qu'il peut encore, en ce cas, en prendre un autre; car un choix doit être fait avec connoissance pour être consommé, un choix erroné n'est pas un choix, *errantis enim nulla voluntas.* L'aîné en faisant son choix, n'a voulu choisir ce manoir qu'en tant qu'il le croyoit appartenir effectivement à la Succession, *aliàs non electurus.*

Si le manoir qui lui a été évincé, sans restitution de fruits, étoit d'un revenu plus considérable que l'autre qu'il a pris à la place, il doit faire raison à ses puînés de leur portion dans l'excédent.

La disposition de notre Coutume, que nous interprétons, est établie en faveur des freres & sœurs germains de l'aîné, qui a déjà pris un manoir dans

la Succession de leur commun pere, suivant que l'observe Dumoulin en ses notes, *si illud accepit* (dit-il) *in Successione communis patris, non debet rursùs capere in Successione communis matris & contrà; secùs, si parens in cujus Successione accepit, non esset communis.*

Suivant ce principe, un aîné qui n'a que des freres consanguins, nés d'un autre pere que lui, & des freres utérins, nés d'un autre mere, peut, après avoir pris un manoir dans la Succession de son pere, en prendre encore un autre dans la Succession de sa mere. Ses freres utérins ne peuvent pas lui opposer qu'il en a pris un dans la Succession de son pere; car l'aîné ne l'a pas pris à leurs dépens, l'ayant pris dans une Succession à laquelle ils n'avoient aucun intérêt.

La Coutume, par cet article, a voulu que l'aîné n'eût pas l'avantage d'un double manoir sur ses freres; l'avantage du manoir qu'il a eu dans la Succession de son pere, n'étant pas un avantage qu'il ait eu sur ses freres utérins, que cette Succession ne concernoit pas, il n'aura sur eux l'avantage que d'un seul manoir, en le prenant encore dans la Succession de sa mere, & par conséquent rien de plus que ce que la Coutume lui accorde.

Si l'aîné, qui a déjà pris un manoir dans la Succession de son pere, premier décédé, vient ensuite à la Succession de sa mere avec ses freres & sœurs utérins, & avec un frere puîné-germain, sur lequel il a eu déjà l'avantage d'un manoir dans la Succession du pere, il ne pourra pas en prendre un dans la Succession de sa mere, son frere puîné-germain, sur lequel il a déjà eu l'avantage d'un manoir, l'en exclud, ses freres & sœurs utérins en profiteront, & auront leur portion de puîné dans le manoir de la Succession de la mere. *Nec est novum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non habet, ex personâ alterius habeat.* Voyez-en des exemples dans les Pandectes, au titre *de Bonor. possessi. cont. tab. n.* 11. & 25.

Quid, si ce puîné-germain renonçoit à la Succession de la mere, l'aîné y pourroit-il prétendre un manoir? Il semble, qu'en ce cas, l'aîné ne peut être empêché de le prendre, ses freres utérins n'ont pas droit de l'en empêcher; son frere-germain ne peut pareillement l'empêcher de prendre un manoir dans une Succession à laquelle il a renoncé, n'ayant aucun intérêt de l'empêcher, puisqu'il a renoncé à cette Succession. Nonobstant ces raisons, je pense que, même en ce cas, l'aîné ne pourra prendre de manoir en la Succession de sa mere. Quoique le frere-germain puîné ait renoncé, il suffit que la Succession lui ait été déférée, pour que la Succession du manoir n'ait point été déférée en total à l'aîné, mais seulement pour sa portion avantageuse; c'est-à-dire, pour la moitié; l'autre moitié a été déférée à ce frere puîné-germain qui a renoncé, & aux utérins; par la renonciation de ce puîné, la Succession n'est pas mise au même état que si elle ne lui eût point été déférée en tout; mais selon qu'il est décidé par les articles 310 de la Coutume de Paris, & 359 d'Orléans, elle accroît à tous les autres enfans, à l'aîné comme aux autres, sans aucune prérogative d'aînesse.

L'aîné peut-il prendre un manoir dans la Succession de sa mere, derniere décédée, lorsque ses puînés, avec lesquels il vient à cette Succession,

ont renoncé à celle du pere, premier décédé ? Je pense qu'il ne le peut ; car, quoique ses puînés aient renoncé à la Succession du pere, il ne laisse pas d'être vrai que l'aîné a déjà eu sur eux l'avantage du manoir dans la Succession du pere, à laquelle ils n'ont peut-être renoncé qu'à cause de cet avantage ; il auroit donc double avantage sur eux, s'il en prenoit encore un dans la Succession de la mere, ce que la Coutume ne permet pas.

Il nous reste à observer que la disposition de notre Coutume, qui ne permet à l'aîné de prendre qu'un seul manoir pour les Successions de pere & de mere, ne doit pas s'étendre à celle des aïeuls ; c'est pourquoi l'aîné, qui a déjà eu un manoir dans la Succession de son pere, ne laissera pas d'en prendre un dans la Succession de son aïeul qui lui écherroit depuis. La raison est que la disposition de la Coutume n'ayant parlé que des Successions de pere & de mere, ne doit pas s'étendre hors de ces termes. C'est ce qu'a remarqué Dumoulin sur l'art. 27 de notre ancienne Coutume. *Non debet fieri extensio ad Successiones avi & aviæ, quia iste paragraphus exorbitat à regulâ communi consuetudinum.*

Autres cas auxquels l'aîné ne peut prétendre le préciput d'un manoir entier.

La Loi coutumiere qui accorde à l'aîné un manoir entier avec le vol du chapon, doit céder à la Loi naturelle, qui accorde à chaque enfant une légitime dans les biens de leurs pere & mere. C'est pourquoi, si, outre le manoir & le vol du chapon, il ne se trouve pas d'autres biens en suffisante quantité, les puînés peuvent se récompenser de ce qui s'en manque sur le manoir de l'aîné, qui ne l'aura pas, en ce cas, en entier. C'est la disposition de l'article 17 de la Coutume de Paris, qui, étant fondée sur la Loi naturelle, doit être suivie par-tout.

Observez que la Coutume de Paris, par cet article, permet à l'aîné de garder le total, en récompensant en argent ses puînés.

La légitime étant fixée, par la Coutume de Paris, à la moitié de la portion héréditaire de chaque enfant ; s'il n'y en a que deux, la légitime du puîné sera le sixieme dans les biens nobles, & le quart dans les autres biens ; s'il y en a plusieurs, la légitime de tous les puînés ensemble sera le quart des biens nobles, & la moitié de la portion virile dans les autres biens.

Notre Coutume, article 96, contient encore un cas, auquel l'aîné ne prend point le manoir & le vol du chapon en entier, & y a seulement sa portion avantageuse ; c'est-à-dire, la moitié ou les deux tiers, selon le nombre des enfans. C'est le cas où il ne se trouveroit point d'autres immeubles dans la Succession.

Au reste, elle permet à l'aîné de récompenser en argent ses puînés de leurs portions.

Cet article est différent de celui de celle de Paris & du Droit commun ; en ce qu'il prive l'aîné de l'avantage du manoir, quand même il y auroit en biens-meubles plus qu'il ne faut pour la légitime des puînés ; notre Coutume se contentant pour l'en priver, qu'il n'y ait point d'autres immeubles.

S'il y avoit d'autres biens-immeubles, mais en si petite quantité qu'ils ne suffisent pas pour la légitime des puînés, il faudroit suivre, en ce cas, la disposition de la Coutume de Paris.

Cette légitime se regle comme nous l'avons dit ci-dessus.

Cas auquel l'aîné peut avoir plusieurs préciputs de manoir dans la Succession d'une même personne.

Lorsque, dans la Succession d'une même personne, il se trouve plusieurs manoirs, situés dans différens territoires de Coutumes qui accordent à l'aîné un manoir, l'aîné peut prendre par préciput un manoir & le vol de chapon dans chacun des territoires de ces différentes Coutumes. La raison est que les Coutumes sont des Loix indépendantes les unes des autres : d'où il suit que chaque Coutume défere la Succession des biens situés dans son territoire, indépendamment l'une de l'autre, & que ce qu'une a réglé pour les biens situés dans son territoire, ne peut limiter ni modifier la Succession des biens situés dans un autre territoire sur lequel elle n'a point d'empire. C'est pourquoi si, dans la Succession d'une même personne, il se trouve différentes terres situées dans le Bailliage d'Orléans, dans celui de Blois, & dans celui de Chartres, le fils aîné prendra le manoir que lui donne la Coutume d'Orléans dans les biens de son territoire, celui que lui donne celle de Blois dans le sien, & celui que lui donne celle de Chartres. Ce sont comme autant de différentes Successions d'une même personne, indépendantes, comme nous l'avons dit, les unes des autres.

De la portion avantageuse de l'aîné dans le surplus des biens nobles.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent à l'aîné, outre le manoir & le vol du chapon, une portion plus avantageuse que celle de chacun de ses puînés, dans le surplus des biens nobles.

Elle regle cette portion aux deux tiers, lorsqu'il n'y a que deux enfans appelés à la Succession; & à la moitié, lorsqu'il y en a un plus grand nombre.

De-là naît une question, si on doit compter dans le nombre des enfans celui qui renonce à la Succession, même gratuitement. Dumoulin sur le §. 13, *gloss.* 4, décide qu'il ne doit pas être compté; & que, lorsque de trois enfans l'un des deux puînés renonce, l'aîné doit avoir les deux tiers des biens nobles de la Succession. Il semble que les termes de la Coutume de Paris favorisent cette décision de Dumoulin; car elle dit, art. 15, *quand pere & mere délaissent seulement deux enfans venans à leur Succession, au fils aîné appartient les deux tiers,* &c.; & dans l'article suivant, *s'il y a plusieurs enfans excédans le nombre de deux venans à leur Succession, au fils aîné appartient la moitié.* Ces termes, *venans à leur Succession,* employés dans les deux articles, semblent décider que, pour régler la part de l'aîné, eu égard au nombre des enfans, on ne doit avoir égard qu'à ceux

qui sont *venans à la Succeſſion*, & que ceux qui y ont renoncé, ne doivent point être comptés. Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'il faut dire que le renonçant doit être compté, & que l'opinion de Dumoulin a été rejettée, lors de la réformation de la Coutume de Paris, par l'article 310, qui porte, *que la part de l'enfant qui s'abſtient, accroît aux autres enfans héritiers, ſans aucune prérogative d'aîneſſe de la portion qui accroît.* Ces derniers termes, *ſans aucune prérogative d'aîneſſe*, &c. ont été ajoutés lors de la réformation, & condamnent clairement l'opinion de Dumoulin : cet Auteur penſoit que la part du puîné qui renonçoit, accroiſſoit à l'aîné & à l'autre puîné non également, mais au prorata du droit de chacun d'eux. *Finge.* Il y a trois enfans, l'un des puînés renonce, la portion de ce renonçant auroit été un quart ou trois douziemes ſuivant Dumoulin; l'aîné qui a dans les fiefs une portion double de celle de ſes puînés, doit prendre, dans cette portion du renonçant, une portion double, qui eſt de deux douziemes, & le puîné l'autre douzieme; ces deux douziemes avec la moitié ou les ſix douziemes qu'avoit de ſon chef l'aîné, font huit douziemes, qui font juſtement les deux tiers; d'où il ſuit que l'aîné a, en ce cas, la même portion dans les fiefs qu'il auroit, ſi ce puîné qui a renoncé n'eût point exiſté du tout; & de-là il ſuit que le puîné qui a renoncé n'eſt point compté, lorſqu'il s'agit de régler ſi l'aîné aura les deux tiers ou la moitié; mais cette opinion de Dumoulin eſt manifeſtement rejettée par l'article 310, qui porte, *que la portion du renonçant accroît aux autres ſans prérogative d'aîneſſe.* Pour que cette portion accroiſſe ainſi, il faut donc aſſigner à ce renonçant la portion qu'il auroit eue, s'il eût accepté la Succeſſion, laquelle portion eſt dans notre eſpece le quart; ce quart, ſelon cet article, devant accroître à l'aîné & à l'autre puîné, acceptant également & ſans prérogative d'aîneſſe; il s'enſuit que le puîné acceptant aura un quart & un huitieme ou trois huitiemes, & que l'aîné aura ſeulement une moitié & un huitieme, ou cinq huitiemes, & non pas les deux tiers; le renonçant doit donc être compté pour régler la part que doit avoir l'aîné; il ſuit de-là que les termes de *venans à la Succeſſion*, employés dans les articles 15 & 16, ne doivent pas s'entendre *cum effectu* & dans un ſens étroit, mais dans un ſens large, & qu'ils doivent ſe prendre pour *appelés à la Succeſſion.*

Lebrun, nonobſtant ces raiſons, penſe que même, en ce cas, aujourd'hui le puîné qui renonce ne doit point être compté, & que l'aîné qui partage avec l'autre puîné, doit prendre les deux tiers; mais ce ſentiment ne ſe peut tirer de l'article 310, qui décide clairement le contraire, qu'en diſant que cet article ne s'entend que du cas auquel l'aîné renonce, & que la Coutume n'a voulu dire autre choſe, ſinon que, par cette renonciation, la prérogative d'aîneſſe ne paſſoit point au ſecond fils, qui ne devenoit point, par cette renonciation, l'aîné; mais cette interprétation ne convient pas au texte qui eſt général, & comprend, par conſéquent, le cas d'un puîné qui renonce, auſſi-bien que celui de l'aîné qui renonce. Si la Coutume n'eût entendu parler que de ce dernier cas, elle auroit dit, la part de l'aîné, & non pas la part de l'enfant. Cet article a, comme le remarque fort bien Lauriere, décidé deux queſtions, l'une que le droit d'aîneſſe de

l'aîné renonçant, ne passoit pas au second fils; l'autre que la part du puîné renonçant, accroissoit également, *& in viriles*, à l'aîné & aux puînés, & non pas, comme l'avoit pensé Dumoulin, au prorata du droit que chacun avoit dans les fiefs. Cette décision est fondée en grande raison; car, suivant ce que nous verrons ci-après, ce que l'aîné a de plus que les autres dans les fiefs, il l'a à titre de préciput, & il n'a pas une portion différente de celle de ses freres & sœurs; d'où il suit qu'il ne doit pas avoir une portion différente de la leur dans la portion du renonçant, puisque, selon les principes du droit d'accroissement, l'accroissement se fait *proportionibus hæreditariis. L. 59. §. 3. ff. de hæred. institut.*

Notre décision doit avoir lieu pareillement dans la Coutume d'Orléans, qui, dans l'article 359, a une disposition semblable à celle de l'art. 310 de celle de Paris; il y a même moins de difficulté; car elle dit simplement, entre trois ou plusieurs enfans; elle ne dit pas comme celle de Paris, *venans à la Succession.*

Il nous reste à observer, que l'aîné ne peut pas prétendre avoir, dans chacun des héritages féodaux, la portion avantageuse que la Coutume lui accorde, & qu'il suffit qu'il ait dans le total cette portion, qui doit lui être délivrée par les Commissaires qui feront le partage entre lui & les puînés, à la commodité réciproque de toutes les parties.

§. V.

A quel titre l'aîné a-t-il son droit d'aînesse?

L'aîné ne peut prendre son droit d'aînesse qu'à titre d'héritier; il ne peut l'avoir qu'il n'accepte la Succession, il en est saisi comme des autres biens de la Succession.

Mais ce qu'il a, en conséquence de ce droit d'aînesse, de plus que ses puînés, n'est pas considéré comme portion héréditaire, plus grande que celle de ses puînés, mais comme un préciput légal qu'il prend hors part; & il n'est au reste censé héritier, que pour sa portion virile & égale à celle de ses autres freres.

C'est par cette raison qu'il n'a pas plus que chacun de ses puînés, dans la portion de celui qui renonce à la Succession, suivant que nous l'avons remarqué ci-dessus.

C'est par la même raison qu'il n'est pas tenu, plus que chacun de ses freres, des dettes de la Succession, suivant que nous le verrons au Chapitre cinquieme.

§. VI.

Si les pere ou mere peuvent donner atteinte au droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse est, dans tout ce qu'il contient, une légitime que la Coutume accorde à l'aîné dans les biens nobles de la Succession, à laquelle les pere ou mere, ou autres ascendans, ne peuvent donner aucune atteinte.

La

La légitime de droit de l'aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l'aîné auroit eu, si le défunt n'eût fait aucune donation ni legs; mais la légitime féodale est le total que la Coutume lui accorde.

La légitime féodale a, d'un autre côté, cela de moins que la légitime de droit; que celle-ci ne peut recevoir d'atteinte, non-seulement par des legs, mais ni même par des donations entre-vifs, soit qu'elles soient faites à d'autres enfans, soit qu'elles soient faites à des étrangers; au lieu que la légitime féodale peut être diminuée, ou même réduite à rien, par des dispositions ou donations entre-vifs faites à des étrangers. La raison est que la Coutume n'accorde à l'aîné ce droit d'aînesse, que dans les biens nobles *qui se trouvent dans la Succession du défunt*, & lui appartiennent lors de son décès; & ne lui accorde, par conséquent, aucun droit dans ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, puisqu'ils ne se trouvent plus dans la Succession du défunt, & par conséquent, l'aîné n'a rien à y prétendre, & ne peut quereller ces donations.

Par la même raison, un pere & une mere peuvent, par une convention avec le Seigneur, commuer en censive les biens qu'ils tenoient noblement, sans que leur aîné puisse s'en plaindre; car la Loi ne lui donne de droit que dans ceux qui se trouveront tenus noblement lors du décès, qui se trouveront de cette qualité dans la Succession.

Peuvent-ils diminuer le droit d'aînesse, par des donations entre-vifs, de leurs héritages féodaux à leurs puînés? Il n'y a pas lieu à la question, au cas auquel le puîné donataire accepte la Succession; car le puîné étant, en ce cas, obligé de rapporter à la masse de la Succession l'héritage qui lui a été donné, il n'est pas douteux que cet héritage rentrant, par le rapport, dans la Succession, l'aîné y exerce son droit d'aînesse; d'où il suit que la donation qui en a été faite au puîné, ne préjudicie point au droit d'aînesse.

La question tombe donc sur le cas auquel le puîné donataire se tiendroit au don qui lui en a été fait. Dumoulin, §. 13, *gloss.* 3, *n.* 15 & 16 sur cette question, avoit pensé que cet héritage ne se trouvant point dans la Succession du donateur, n'étoit point sujet à la légitime féodale de cet aîné, qui ne lui étoit accordée que dans les fiefs & biens nobles de la Succession, & qu'en conséquence cet aîné, qui avoit d'ailleurs sa légitime de droit franche, ne pouvoit quereller cette donation; à moins, ajoute cet Auteur, qu'il ne parût que cette donation n'eût été faite manifestement en fraude du droit d'aînesse, & n'eût eu d'autre motif que de l'anéantir; comme si un pere donnoit tous ses fiefs à un puîné, sans qu'aucun établissement de ce puîné, par mariage ou autrement, eût donné occasion à cette donation.

Cette opinion de Dumoulin, quoique conforme aux principes, n'a pas été suivie; & la Jurisprudence des Arrêts a établi que les pere & mere, quoiqu'ils pussent anéantir entiérement le droit d'aînesse par des donations entre-vifs envers des étrangers, ne pouvoient pas néanmoins y donner la moindre atteinte par des donations entre-vifs, faites à quelques-uns de

leurs puînés; que les héritages féodaux donnés aux puînés, quoiqu'ils se tinssent à leur don, devoient être compris & comptés dans la masse des biens nobles & féodaux, dont l'aîné devoit avoir la moitié ou les deux tiers, eu égard au nombre des enfans, outre son manoir & vol de chapon; & que si, par rapport à la donation faite au puîné, il ne restoit pas dans la Succession de quoi fournir à l'aîné cette portion de biens nobles, & sa légitime de droit dans les autres biens, il pouvoit quereller la donation du puîné & la faire réduire.

Il y a même lieu de penser qu'un pere ou une mere ne peuvent préjudicier au droit d'aînesse, en vendant à leur puîné un héritage féodal, & qu'il doit être fait raison, dans les biens de la Succession, à l'aîné de la part qu'il auroit eue dans cet héritage, sous la déduction de sa portion virile, dans le prix que le défunt en a reçu.

Cette distinction que nous avons faite entre les dispositions faites au profit des étrangers, & celle faite au profit des puînés, n'a lieu qu'à l'égard des dispositions entre-vifs. Les dispositions pour cause de mort & testamentaires, soit qu'elles soient faites à des étrangers, soit aux puînés, ne peuvent donner atteinte à la légitime féodale de l'aîné, qui étant à prendre sur tous les biens féodaux de la Succession, est à prendre sur les biens que le défunt a légués, comme sur tous les autres biens féodaux qu'il a laissés en mourant.

§. VII.

Disposition particuliere de la Coutume d'Orléans, qui permet aux pere & mere d'exclure le droit d'aînesse dans les fiefs qu'ils acquierent.

L'article 91 est conçu en ces termes : *Les nobles & non nobles, qui auront acquis & acquerront par ci-après des héritages féodaux, esquels n'y aura justice ni vassaux, pourront, tant par le contrat d'acquisition, que par déclaration par escrit subséquente, disposer dudit fief, & ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfans, pour une fois seulement, sans aucune prérogative d'aînesse, tant pour le manoir, terres, que censives.*

On sait par tradition, que cet article fut accordé, lors de la réformation, aux instantes sollicitations des Maire & Echevins, auxquels se joignirent quelques-uns de la noblesse.

Cette disposition est contraire au Droit commun, & particuliere à notre Coutume d'Orléans.

De la nature & de la forme de cette déclaration.

La déclaration que cet article de Coutume permet de faire, est une ordonnance de derniere volonté, qui n'a d'effet qu'après la mort de celui qui l'a faite; d'où il suit qu'elle est révocable jusqu'à la mort.

Si elle avoit été faite par un contrat de mariage d'un puîné, elle ne seroit pas, en ce cas, une simple ordonnance de derniere volonté, mais

une clause & condition du contrat de mariage; & par conséquent, elle ne pourroit se révoquer au préjudice de ce puîné & de ses enfans.

Cette déclaration peut être, ou spéciale pour un certain fief, ou générale pour tous les fiefs que quelqu'un a acquis.

Elle doit se faire par écrit; d'ailleurs, il ne faut aucune formalité; elle peut se faire, ou par le contrat d'acquisition, ou par un acte séparé; elle peut se faire par testament, comme par un acte qui ne soit point revêtu des formalités testamentaires; elle peut se faire, non-seulement par un acte pardevant Notaire; mais par une écriture privée; par exemple un acquéreur peut inscrire cette déclaration sur son journal.

Il n'importe non plus en quel tems elle soit faite, il est toujours tems de la faire.

Des héritages qui sont susceptibles de cette déclaration.

Il n'y a que les simples fiefs pour lesquels on puisse faire cette déclaration; c'est-à-dire, ceux dont il ne dépend ni Justice ni vassaux.

Il y en a qui cherchent à éluder la Loi, par rapport aux fiefs dont il dépend justice & vassaux, en achetant d'abord le fief, sous la réserve que le vendeur fait de la justice & des vassaux. On demande si la déclaration que fait l'acquéreur, par le premier contrat, qu'il entend que le fief soit partagé sans prérogative d'aînesse, est valable? Il y en a qui le pensent & le pratiquent. Je ne penserois pas qu'une telle déclaration fût valable. La raison s'en tire de la nature même de cette déclaration. C'est, comme nous l'avons observé, une espece d'ordonnance de derniere volonté, qui ne se confirme qu'à la mort de celui qui l'a faite. C'est donc à ce tems de la mort qu'on doit avoir égard pour juger de sa validité. Or, elle se trouve dans ce tems par rapport à un fief qui n'en est pas susceptible, la justice & les vassaux qui dépendent de ce fief, & qui en avoient été, *ad modicum tempus*, séparés, s'y trouvant réunis.

Outre cette raison qui est de principe, il y en a une autre qui est que, s'il étoit permis de faire cette déclaration, en faisant des acquisitions séparées de la justice & des vassaux & du reste du fief, ce seroit rendre illusoire la Loi qui, en permettant de faire ces déclarations pour les simples fiefs, défend de les faire pour les fiefs dont il dépend des droits de justice & de vassaux, rien n'étant plus facile que d'acquérir par contrat séparé, au lieu d'acquérir par un même contrat.

Il y a une autre voie qui ne contient rien que de licite; c'est que l'acheteur fasse acheter par ses enfans la justice & les vassaux, & achete seulement par lui le reste du fief, lequel se trouvant, en ce cas, dans sa Succession, séparé de la justice & des vassaux, sera susceptible de la déclaration qu'aura fait l'acheteur, pour le partage égal en sa Succession.

Il n'y a que les fiefs que nous avons *acquis* qui soient susceptibles de cette déclaration, suivant qu'il résulte de ces termes, *qui auront acquis ou qui acquerront par ci-après.*

Il n'est pas douteux que ces termes, *qui auront acquis*, ne comprennent

pas les propres; c'est-à-dire, les fiefs auxquels nous aurons succédés; car acquérir est l'opposite de succéder, acquêt est l'opposite de propre.

La portion de mon cohéritier, qui m'avient par licitation, étant propre en ma personne, aussi-bien que celle que j'avois de mon chef, suivant que nous l'avons vu en notre Traité de la Division des choses, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de cette déclaration.

C'est une question qui fait plus de difficulté, si nous pouvons faire cette déclaration pour les fiefs qui nous ont été donnés ou légués par un parent collatéral, ou par un étranger? La raison de douter est que ces héritages sont acquêts; d'où il semble suivre qu'ils peuvent être compris sous ces termes, *qui auront acquis ou acquerront*. Il faut décider au contraire, que ces termes, *qui auront acquis*, doivent se restreindre aux acquisitions à titre onéreux & de commerce; tels que la vente, l'échange, &c. & que ce n'est que par rapport aux héritages acquis à ces titres, & non point à ceux qui nous sont donnés ou légués, que la Coutume permet d'ordonner le partage égal. La raison de décider se tire de la raison sur laquelle est fondée la disposition de cet article, qui a été de rendre, par ce moyen, le commerce des biens féodaux plus facile, que plusieurs personnes ne vouloient point acquérir, dans la crainte de procurer de trop grands avantages à leur aîné au préjudice des puînés. Or, il est évident que cette raison ne tombe que sur les acquisitions de commerce, & non sur les donations & legs; donc la Coutume n'a eu en vue que ces acquisitions, & y doit être restreinte. Ajoutez qu'on présume que le pere n'auroit pas acheté le fief, s'il ne lui eût été permis de faire la déclaration, l'aîné n'en ressent donc pas de préjudice; mais on ne peut pas dire de même qu'il n'auroit pas accepté sans cela un legs ou une donation.

Enfin, il est évident qu'un pere ou une mere ne peuvent faire cette déclaration, que pour des héritages situés dans le territoire de la Coutume d'Orléans: car la Succession de ces héritages étant déférée par la Loi du territoire où ils sont situés, la Loi d'Orléans ne peut rien régler, ni rien permettre par rapport à la Succession des héritages qu'elle ne défere pas.

Par qui la déclaration permise par cet article, peut-elle être faite?

Cette déclaration étant, comme nous l'avons observé, une espece d'ordonnance de derniere volonté, qui imite les dispositions testamentaires; il suit de-là : 1°. Qu'un mineur peut faire cette déclaration, pourvu qu'il ait l'âge requis par notre Coutume, pour tester de ses acquêts; c'est-à-dire, l'âge de vingt ans accomplis.

2°. Qu'une femme mariée peut faire cette déclaration sans être autorisée de son mari, par la même raison par laquelle nous avons vu au Traité des Propres, qu'elle pouvoit tester sans cette autorité.

Pour quelle Succession?

Chacun ne peut faire cette déclaration que pour sa propre Succession, & non pour celle d'un autre.

C'est pourquoi si un mari déclare qu'il veut que ces conquêts, faits durant sa communauté, soient partagés, sans prérogative d'aînesse; cette déclaration n'aura d'effet que dans sa Succession, pour la portion qui lui en sera échue par la dissolution & partage de la communauté, & non pour celle qui écherra à la femme; si elle ne fait une pareille déclaration pour sa Succession, *nec obstat* que le mari a droit de disposer, malgré sa femme, de tous les conquêts de sa communauté, puisqu'il en est le Seigneur. La réponse est, qu'il peut bien en disposer entre-vifs, mais non pas par des dispositions qui n'ont effet qu'à sa mort, auquel tems son droit sur les effets de la communauté se restreint à la moitié; or, cette déclaration est une disposition qui n'a d'effet qu'après la mort.

De ce qu'on ne peut faire cette déclaration que pour sa propre Succession, il suit encore que, lorsque des fiefs ont été partagés également entre les enfans de celui qui les a acquis, en conséquence de la déclaration qu'il en a faite, ces mêmes fiefs ne laisseront pas d'être, par la suite, partagés avec prérogative dans la Succession des enfans de cet acquéreur, c'est ce que notre Coutume entend par ces termes: *pourra ordonner qu'il sera parti également entre les enfans pour une fois seulement.*

Enfin, cette déclaration ne peut avoir lieu que pour la Succession que nous transmettons à nos descendans. Une personne qui n'a que des héritiers collatéraux, ne pourroit pas ordonner pareillement que les fiefs par lui acquis, seroient réputés en sa Succession comme biens roturiers, & partagés entre ses héritiers, tant mâles que femelles: car la disposition de notre Coutume ne concerne point les Successions collatérales; c'est ce qui résulte de ces termes, *pourront ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfans.* Cet article n'a eu en vue que cette Succession, suivant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, de la raison qui a porté à accorder cet article.

Observez néanmoins que, si cette déclaration étoit faite par un acte revêtu des formes testamentaires, elle pourroit au moins valoir *per modum legati.*

§. VIII.

Si l'aîné peut renoncer à son droit d'aînesse.

Il n'y a pas de difficulté que le fils aîné, pourvu qu'il soit majeur, peut, après que la Succession est échue, renoncer en faveur de ses puînés, à son droit d'aînesse dans le partage de la Succession; mais le peut-il avant? Je ne le pense pas. Outre que cette renonciation seroit une convention *de hæreditate viventis*, & par conséquent, contraire aux bonnes mœurs; c'est que, quand même cette raison cesseroit, & que cette renonciation seroit faite du consentement des pere & mere, de la Succession desquels il s'agit, il resteroit encore contre cette renonciation une suspicion de défaut de liberté dans le consentement de l'aîné, qui seroit présumé ne l'avoir donné que par l'ordre de ses pere & mere. Or, on peut dire, en ce cas, quoique ce ne soit pas l'espece de la Loi, *non videtur consentire qui obsequitur imperio patris vel domini.*

Je pense que cette décision doit avoir lieu, quand même cette renonciation se feroit par le contrat de mariage du fils aîné, ou par celui d'un puiné. Il est vrai que la Jurisprudence a permis la renonciation des filles aux Successions par ces actes; mais c'est pour soutenir la splendeur du nom, en conservant aux aînés l'intégrité des biens, & cette même raison milite au contraire pour empêcher la renonciation de l'aîné à ses prérogatives d'aînesse.

§. IX.

De quelques prérogatives du droit d'aînesse.

C'est une prérogative attachée au droit d'aînesse, que l'aîné soit dépositaire de tous les titres de la famille, tels que sont les contrats de mariage, les partages faits dans les familles, les cartes généalogiques de la famille, les titres de noblesse, &c.; il doit pareillement avoir les portraits de famille, les manuscrits du pere commun, & ceux des ancêtres, ou autres personnes de la famille, les livres notés de la main du pere commun, les marques de dignité du pere commun ou des ancêtres.

Lorsqu'un petit-fils représentant l'aîné, vient à la Succession de son aïeul avec ses oncles, & qu'il est mineur, je crois que ce dépot doit être accordé au plus âgé des puinés, à la charge de le remettre au petit-fils aîné de la famille, lorsqu'il sera majeur, & à cet effet le puîné doit s'en charger par un inventaire.

On doit observer la même chose, lorsque l'aîné est en démence.

Si l'aîné n'avoit laissé que des filles, quoique nos Coutumes leur donnent le droit de représenter l'aîné, pour prendre à sa place le préciput dans le partage des biens nobles de la Succession, je ne pense pas qu'elles doivent pareillement le représenter pour ce dépôt; il est raisonnable de préférer l'aîné des enfans mâles à ces filles, qui doivent passer, par leur mariage, dans des familles étrangeres.

SECTION II.

De la Succession déférée aux ascendans.

La Succession d'un défunt, à défaut d'enfans, est déférée à ses pere ou mere, ou autres ascendans.

Par la novelle 118 de Justinien, les pere & mere & autres ascendans, (prérogative du degré observée entr'eux) sont appellés à la Succession, à l'exclusion de tous collatéraux, sauf des freres & sœurs germains, lesquels concourent avec lesdits pere & mere ou autres ascendans.

Par cette Novelle, quoique les neveux du défunt vinssent par représentation avec les freres & sœurs du défunt, lorsqu'il n'y avoit point d'ascendans, néanmoins lorsqu'il y avoit des ascendans & des freres du défunt, les seuls freres du défunt concouroient avec les ascendans, les neveux, enfans des freres prédécédés, n'étoient point admis à représenter leur

pere ; ce qui a été corrigé par la Novelle 127, §. 1, qui leur permet, même en ce cas, de représenter leur pere, & de concourir avec les ascendans & les autres freres du défunt.

Mais ces neveux concourent-ils avec les ascendans, lorsqu'il n'y a point de freres du défunt ? Il y en a qui pensent qu'ils concourent. Cujas est d'avis contraire, & son opinion me paroît plus conforme au sens de la Novelle, qui ne les admet à concourir avec les ascendans, que *beneficio fratrum*, avec lesquels ils concourent par la représentation.

Par les Coutumes de Paris & d'Orléans, les ascendans, ou excluent les collatéraux, ou sont exclus par certains collatéraux, selon que les biens sont meubles, ou acquêts, ou propres ; quelquefois elles déférent la propriété aux collatéraux, & l'usufruit seulement aux ascendans.

ARTICLE PREMIER.

De la Succession des ascendans aux meubles & acquêts, selon les Coutumes de Paris & d'Orléans.

La Coutume de Paris, article 311, appelle les pere & mere, & à leur défaut, l'aïeul ou l'aïeule, & autres ascendans, la prérogative du degré observée entr'eux, à la Succession des meubles & acquêts de leurs enfans, morts sans enfans.

Elle différe du Droit de la Novelle, en ce que par la Novelle, suivant que nous l'avons dit, les freres & sœurs germains du défunt concourent avec les pere & mere, & à plus forte raison avec les autres ascendans ; au lieu que la Coutume de Paris, préfére les ascendans à cette Succession à tous les collatéraux.

Par la Novelle, lorsque l'aïeul d'un côté, *putà*, l'aïeul paternel se trouve concourir seul, de son côté, avec l'aïeul ou l'aïeule de l'autre côté ; le partage se fait par côtés, en telle sorte que l'aïeul, qui est seul de son côté, prend seul la moitié de la Succession, & l'aïeul & l'aïeule de l'autre côté, n'ont ensemble que l'autre moitié. Ceci doit-il s'observer dans la Coutume de Paris, & dans les autres Coutumes qui ne s'en expliquent point ? Lebrun tient l'affirmative, aussi-bien que Lalande, sur notre Coutume, qui ne s'en explique pas plus que celle de Paris. La Coutume de Tours adopte expressément la disposition de cette Novelle. Je pense, au contraire, que dans les Coutumes de Paris, d'Orléans, & autres qui ne s'en expliquent point, cette disposition de la Novelle ne doit point être suivie, cette disposition étant contraire à la régle générale des Successions, qui les partage également entre ceux qui sont en égal degré. C'est pourquoi dans cette espece, l'aïeul paternel & l'aïeul & l'aïeule maternels doivent partager *in capita*, chacun par tiers ; c'est l'avis de Ricard, de Lemaitre, & il y a un Arrêt du 14 Février 1702.

La Coutume d'Orléans est entiérement conforme à celle de Paris pour la Succession des meubles. Elle la défére pareillement, à défaut d'enfans,

aux pere & mere, aïeul & aïeule, à l'exclusion de tous collatéraux, elle ne parle pas des autres ascendans, mais cela doit se suppléer. L'ancienne Coutume, art. 258, les comprenoit expressément, ce n'est que par oubli qu'on n'a pas fait mention d'eux dans l'article de la nouvelle. Ils n'en ont pas moins de droit de succéder, à défaut d'ascendans plus proches en degré, & d'exclure tous collatéraux. C'est l'avis de Lalande & de tous ceux qui ont écrit sur notre Coutume.

A l'égard de la Succession des acquêts, notre Coutume s'est écartée de celle de Paris. Elle n'a préféré que les peres & meres aux freres & sœurs du défunt en la Succession des acquêts. A l'égard des aïeuls & aïeules, elle ne leur accorde que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des freres & sœurs du défunt, & elle fait succéder lesdits freres & sœurs à la propriété.

A défaut de freres & sœurs, ils excluent tous autres collatéraux.

Il faut dire la même chose des ascendans qui sont en degré plus éloigné; ils ne doivent, à plus forte raison, avoir que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des freres & sœurs du défunt; mais, à défaut de freres & sœurs, ils excluent tous autres collatéraux.

ARTICLE II.

De la succession des ascendans aux propres qui ne sont pas de leur côté.

C'est une régle générale de Droit Coutumier, qu'en Succession en ligne directe, *propre héritage ne remonte.* Paris, art. 312., Orléans, art. 314. Beaucoup d'autres Coutumes contiennent la même maxime.

Elle s'entend dans un sens différent de celui dans lequel elle s'entendoit autrefois. Par notre ancien Droit Coutumier, les ascendans ne succédoient point à leurs enfans, & même, à défaut de parens, le fisc leur étoit préféré. C'est ce que nous apprend Lauriere sur ledit article 312, par le témoignage de Masuer, des anciennes Coutumes de Dijon, & par d'autres témoignages.

Aujourd'hui cette régle ne signifie autre chose, sinon que l'héritage propre d'une famille ne remonte point aux ascendans d'une autre famille, & que le pere & autres ascendans paternels, sont en conséquence exclus de la Succession des propres maternels, par les parens collatéraux de la famille à qui ses propres sont affectés, en quelque degré éloigné qu'ils soient, & que, *vice versâ*, la mere & les ascendans maternels, sont exclus de la Succession des propres paternels, par les parens collatéraux de la famille paternelle.

Cette décision a lieu pour les propres fictifs, comme pour les propres réels.

Un pere qui a épousé sa cousine, & qui, par conséquent, se trouve être de la famille maternelle de son fils, sera-t-il exclus de la Succession des propres maternels de son fils, par les parens maternels qui sont plus proches en degré qu'il ne l'est dans la ligne maternelle? *Finge.* J'ai épousé

ma

ma cousine germaine, qui, en mourant, m'a laissé un fils, lequel est mort ensuite. Il se présente à la Succession des propres maternels de mon fils, des cousins germains qui sont au quatrieme degré; étant cousin germain de la mere de mon fils, je n'étois avec mon fils qu'au cinquieme degré de la parenté maternelle, leur serai-je préféré ? Quelques personnes ont pensé que je devois leur être préféré; que la regle *propre ne remonte*, n'avoit d'autre objet que d'empêcher que les propres ne sortissent de famille; que dès que le pere se trouve être lui-même de la famille de la mere, cette raison pour laquelle la Coutume l'exclud de la Succession, cesse, & que par conséquent il doit y être admis; il y a même quelque Arrêt, rendu en quelque Chambre des Enquêtes, qui a jugé pour le pere. Mais le contraire a été jugé par un Arrêt de Réglement de la Grand'Chambre, qui a décidé que, dans la Succession des propres, on ne devoit considérer que le degré de la parenté linéaire. C'est pourquoi dans cette espece, le pere, quoiqu'il soit lui-même dans la famille maternelle, doit être exclu par les cousins-germains maternels, comme plus proches en degré que lui dans cette parenté. Cet Arrêt est fondé en grande raison. Ce n'est point la qualité de pere qui donne droit de succéder aux propres maternels, il n'y a que la parenté maternelle qui y donne droit; elle est donc la seule qui doive être considérée dans cette Succession.

Par la même raison, le pere qui se trouveroit dans le même degré de parenté maternelle avec son fils, que d'autres parens maternels de sondit fils, ne doit pas les exclure; mais concourir avec eux dans la Succession des propres maternels de sondit fils. Lemaître & de Renusson rapportent un Arrêt contraire, rendu en 1676, qui ne doit pas être suivi.

Lorsqu'il ne reste personne de la famille à qui le propre est affecté, plusieurs pensoient autrefois que le fisc devoit y succéder. Cette opinion a été, avec raison, rejettée par l'article 330 de la nouvelle Coutume de Paris, qui a décidé, qu'en ce cas, le plus prochain parent devoit succéder, & par conséquent, en ce cas, la regle *propre ne remonte*, cesse, & le pere doit succéder aux propres maternels de son fils, & la mere à ses propres paternels, de la même maniere qu'ils succédent à ses acquêts.

Cet article est très-juste & très-équitable. Les plus proches parens qui sont héritiers de droit commun, ne sont exclus de la Succession des propres d'une autre famille, qu'en faveur de cette famille à qui les propres sont affectés. Lorsqu'il ne reste plus personne de cette famille, la raison qui faisoit exclure de cette Succession les plus proches parens cesse, &, par conséquent, ils doivent y être admis. Cette disposition étant aussi juste qu'elle est, doit être suivie dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas, même dans celles qui insinueroient le contraire.

Tempérament apporté par les art. 314 de Paris, & 316 d'Orléans.

Les articles 314 de Paris, & 316 d'Orléans, ont apporté un tempérament à la regle qui exclud le pere de la Succession des propres maternels, & la mere des paternels, en accordant au survivant de deux conjoints par mariage,

le droit de succéder, en usufruit à leurs enfans, aux conquêts faits pendant leur communauté quoique devenus propres naissans du côté du prédécédé en la personne desdits enfans qui y ont succédé au prédécédé.

Ces Coutumes s'expliquent l'une & l'autre dans les mêmes termes.

Les pere & mere jouissent par usufruit des biens délaissés par leurs enfans, qui ont été acquis par lesdits pere & mere, & par le décès de l'un d'eux avenus à l'un de leursdits enfans, encore qu'ils soient & aient été faits propres auxdits enfans; au cas toutefois que lesdits enfans décedent sans enfans & descendans d'eux, &c.

Cette Succession d'usufruit est accordée comme une espece de consolation de la perte que le survivant fait de son vivant. *In solatium luctûs*, & parce que le survivant n'est point étranger à ces biens, à l'acquisition desquels il a contribué, *in præmium collaborationis.*

A quelles personnes cette Succession est-elle accordée, & en quel cas?

Cet article ne parle que des pere & mere : de-là naît la question de savoir, si l'aïeul ou l'aïeule ont le même droit de succéder à leur petit-fils, à un conquêt de leur communauté, échu à ce petit-fils par la Succession du prédécédé ? Cela est indubitable dans la Coutume de Paris, qui s'en explique formellement dans un autre article, qui est le 230, ou, après qu'il a été dit que *la moitié des conquêts échue à un héritier du prédécédé de deux conjoints, devient le propre desdits héritiers*, la Coutume ajoute, *desquels biens toutefois les pere ou mere, aïeul ou aïeule, succédant à leurs enfans, jouiront par usufruit, au cas qu'il n'y ait aucun descendant de l'acquéreur.*

Quoique la Coutume d'Orléans ne se soit nulle part expliquée touchant l'aïeul ou l'aïeule, néanmoins je pense que la même décision y doit avoir lieu; car les raisons qui ont fait accorder aux pere & mere cette Succession d'usufruit, & que nous avons rapportées ci-dessus, militent également & dans toute leur force pour l'aïeul ou l'aïeule. On doit donc décider pour eux la même chose; *ubi eadem ratio & æquitas occurrit, idem jus statuendum est.* D'ailleurs la Coutume de Paris est d'une grande autorité pour l'interprétation de la nôtre.

Par la même raison, on doit décider que cet article doit avoir lieu, non-seulement à l'égard de l'aïeul, mais à l'égard de tous les autres ascendans.

Il n'est pas douteux que cette disposition de Coutume ne peut avoir lieu, lorsqu'il n'y a point eu de communauté entre les conjoints, qui l'ont exclue par leur contrat de mariage. *Quid si*, par le contrat de mariage, la part de la femme, en la communauté, avoit été limitée à une certaine somme, qu'elle prendroit franche de dettes, la femme pourroit-elle succéder à son fils à l'usufruit des héritages acquis par son mari durant le mariage, & acquis à son fils par sa Succession ? Sans doute; car cette somme stipulée au profit de la femme *pour tout droit de communauté*, est le prix de sa part en la communauté qu'elle vend à forfait; ce qui suppose qu'il y aura une communauté entr'elle & son mari : les héritages acquis pendant leur mariage

ſont donc vraiment des conquêts, auxquels ſon fils a ſuccédé à ſon pere, & dont la Succeſſion en uſufruit lui eſt déférée par ces articles de Coutume.

La femme qui a renoncé à la communauté, peut-elle ſuccéder en uſufruit à ſes enfans, aux conquêts de la communauté ? Oui; car quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, ces héritages n'en ſont pas moins des conquêts de la communauté, il n'y en a pas moins eu une communauté; & bien loin que ſa renonciation empêche qu'il n'y ait eu une communauté, comme le dit Lebrun, au contraire elle le ſuppoſe; car on ne renonce pas à ce qui n'eſt pas, la femme n'en a pas moins contribué, par ſon ménage, à l'acquiſition de ces héritages, & elle ne doit pas être privée de cette Succeſſion.

Les pere & mere ne ſuccedent à leurs enfans à cet uſufruit, qu'*au cas que leſdits enfans décedent ſans enfans ou deſcendans d'eux.*

Ces termes, *ou deſcendans d'eux*, ſont amphybologiques : S'entendent-ils *d'eux enfans* ou d'eux pere ou mere, en telle ſorte que le ſurvivant des pere & mere ne puiſſe ſuccéder à cet uſufruit à ſon enfant, qu'à défaut d'enfans de cet enfant; mais même qu'à défaut de collatéraux de cet enfant deſcendus d'eux pere & mere; c'eſt-à-dire, à défaut des freres & ſœurs, neveux & nieces de cet enfant ? Cette derniere interprétation ne ſouffre pas de difficulté dans la Coutume de Paris; elle l'a fait elle-même en termes formels en l'art. 230, par ces termes que nous avons ci-deſſus rapportés, *au cas qu'il n'y ait aucuns deſcendans de l'acquereur.*

Nous n'avons point admis cette interprétation contenue en l'art. 230 de celle de Paris. La raiſon en eſt que cette Succeſſion d'uſufruit & la diſpoſition de Coutume qui l'accorde, étant des plus favorables, on doit l'interpréter plutôt dans un ſens qui l'étende, que dans un ſens qui la reſtreigne. Si notre Coutume eût eu intention que les pere & mere fuſſent exclus par les freres & ſœurs du défunt, de la Succeſſion accordée par cet article, elle s'en feroit expliquée, comme elle a eu ſoin de le faire, dans le cas de l'article ſuivant.

Dans la Coutume de Paris, les freres qui excluent le ſurvivant de deux conjoints de cette Succeſſion d'uſufruit, doivent-ils être nés de leur mariage ? *Puta*, une femme en mourant laiſſe un fils de ſon premier mariage & un d'un précédent lit, ce fils meurt après elle, ſon frere utérin exclurat-il le ſurvivant de la Succeſſion d'uſufruit des conquêts de ſa communauté, auxquels ſon fils a ſuccédé à ſa mere ? La raiſon de douter eſt que la Coutume dit, au cas qu'ils décedent ſans enfans & *deſcendans d'eux.* (pere & mere) Or, ce frere utérin n'eſt pas deſcendu *d'eux*, il n'eſt deſcendu que de l'un d'eux; il n'eſt donc pas de ceux à qui la Coutume a donné l'excluſion ſur le ſurvivant, pour la Succeſſion de l'uſufruit. Il faut néanmoins décider que ce frere utérin doit exclure le pere de la Succeſſion de l'uſufruit, il ne faut pas tant avoir égard aux termes de l'art. 314, qui ne ſont pas clairs, qu'à ceux de l'article 230 qui ſont clairs, & où la Coutume s'eſt expliquée correctement. Or, par cet article 230, il eſt dit, *au cas qu'il n'y ait aucuns deſcendans de l'acquéreur.* Il ſuffit donc, ſelon cet article, que le frere utérin ſoit deſcendu de la mere commune, qui a acquis les

conquêts qu'elle a transmis par sa Succession au défunt ; ce frere utérin a un même droit aux propres, venus à son frere du côté de leur mere commune, qu'en auroit un frere germain, la mere les a acquis également pour tous ses enfans ; & par conséquent il doit avoir le même droit de succéder à la pleine propriété qu'auroit le frere germain. Lebrun, qui est néanmoins de notre avis, propose une objection qui ne mérite pas de réponse. Il dit que cette Succession de l'usufruit tient lieu d'un don mutuel, que les conjoints n'ont pu se faire, parce qu'ils avoient des enfans ; que la condition des conjoints, par cette Succession d'usufruit, doit donc être égale, de même que le doit être un don mutuel, & qu'elle ne le seroit pas, si l'un des conjoints, qui n'a point d'enfans d'un précédent lit, pouvoit être exclus de cette Succession d'usufruit par les enfans d'un précédent lit de l'autre conjoint. Ce raisonnement n'est pas juste ; car quelle comparaison peut-il y avoir d'une Succession à un don mutuel ?

Quels sont les héritages dont l'usufruit est accordé au survivant par ces articles ?

La Coutume par ces articles accorde, comme nous l'avons vu, au survivant de deux conjoints, le droit de succéder à leurs enfans à l'usufruit *des héritages qui ont été acquis par eux*, & par le décès de l'un d'eux, avenus à leursdits enfans ; c'est-à-dire, à l'usufruit des conquêts de leur communauté, dont une portion, par le décès de l'un d'eux, a passé à leurs enfans, & a été faite propre naissant du côté du décédé, en la personne de leursdits enfans.

Quoiqu'il soit intervenu une Sentence de séparation de biens, les héritages acquis avant la séparation n'en sont pas moins dans le cas de cet article ; ils ont été acquis par les pere & mere ; ils sont conquêts de la communauté qui a duré entr'eux jusqu'à la séparation. C'est pourquoi la mere survivante succédera à son fils à l'usufruit de ces héritages qu'il aura eus de la Succession de son pere.

Il en est autrement de ceux acquis depuis la séparation, à moins que les conjoints ne se fussent remis ensemble ; car, en ce cas, la séparation est détruite, comme s'il n'y en avoit jamais eu ; & les héritages acquis, soit par l'un, soit par l'autre des conjoints, pendant le temps intermédiaire, sont vrais conquêts de la communauté.

Le survivant pourroit-il succéder à l'usufruit des propres ameublis par le prédécédé, qui auroient passé à ses enfans par le décès du prédécédé ? Il semble que non : 1°. parce qu'ils ne paroissent pas renfermés dans les termes de la Coutume : *à l'usufruit desdits héritages qui ont été acquis par lesdits pere & mere.* Ces termes paroissent ne comprendre que les conquêts réels, qui ont été véritablement acquis dans la communauté par les pere & mere, & non les propres ameublis & apportés en communauté par l'un des conjoints, à qui ils appartenoient dès avant le mariage, & qui n'ont point, par conséquent, *été acquis par lesdits pere & mere* ensemble ; c'est pourquoi *deficiunt verba consuetudinis ;* 2°. *deficiunt etiam mens & ratio con-*

suetudinis ; car, comme nous l'avons observé d'abord, & comme l'observent tous les Commentateurs, cette Succession d'usufruit a été accordée au survivant, *in præmium collaborationis*, pour le récompenser de ce qu'il avoit contribué, par son travail, à l'acquisition de ces biens. Or, cette raison ne peut s'appliquer aux propres ameublis par la femme prédécédée, le mari n'ayant contribué en rien à leur acquisition ; 3°. l'ameublissement est une fiction qui ne doit avoir d'effet que pour le cas pour lequel elle est faite, *fictio non debet operari ultra casum*. Or, la fiction de l'ameublissement n'est faite que pour le cas de la communauté, afin que le mari ait la liberté de disposer, durant le mariage, des propres ameublis par sa femme, comme des autres effets de la communauté ; mais cette fiction de l'ameublissement n'a pas lieu pour le cas de la Succession des enfans ; il n'est pas même présumable que les conjoints aient prévu un cas si triste, par conséquent, les propres ameublis ne doivent plus être regardés comme conquêts dans la Succession des enfans, & le pere survivant n'en peut prétendre l'usufruit. Nonobstant ces raisons, la Jurisprudence des Arrêts a établi que le survivant succéderoit en usufruit à ses enfans, aux propres ameublis par le conjoint prédécédé, de la même maniere qu'aux conquêts réels. Il y a deux Arrêts qui l'ont jugé en notre Coutume d'Orléans, en infirmant des Sentences du Bailliage. La raison de cette Jurisprudence, est que l'ameublissement que l'un des conjoints fait de ses propres, se faisant en faveur de l'autre conjoint, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, non-seulement dans le cas du partage ou de la disposition des effets de la communauté, mais généralement dans tous les cas où il est de l'intérêt du conjoint, au profit duquel cet ameublissement a été fait, que ce propre ameubli soit regardé comme un conquêt ; & par conséquent, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, & le propre ameubli doit passer pour conquêt dans la Succession des enfans, aussi-bien que dans tous les autres cas, le survivant ayant intérêt qu'il soit réputé tel pour y succéder en usufruit. *Nec obstat*, que la Coutume dit *à l'usufruit des héritages* QUI ONT ÉTÉ ACQUIS *par lesdits pere & mere :* car si les propres ameublis par la femme n'ont pas été réellement par nous acquis, il suffit que, par la fiction de l'ameublissement, ils soient réputés tels. *Tantùm operari debet fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.*

Cette décision doit avoir lieu, quand même leurs enfans auroient renoncé, comme héritiers de leur mere, à la communauté, & auroient succédé aux propres ameublis par leur mere, en vertu de la clause ; qu'en cas de renonciation à la communauté, la femme & les siens reprendroient ce qu'elle y a apporté ; car leur renonciation n'empêche pas qu'il y ait eu une communauté, & que ces propres ameublis en aient fait une partie ; au contraire elle le suppose.

Si le survivant succede en usufruit à ses enfans aux propres ameublis par le prédécédé, à plus forte raison doit-il succéder à l'usufruit de ceux qu'il a ameublis lui-même, & dont une portion a passé à ses enfans par le décès de l'autre conjoint ; car le survivant a plus que contribué à les acquérir à la communauté, puisque c'est lui qui les y a mis. . . . .

Si le pere survivant n'a ameubli aucun corps certain à la communauté, mais y a ameubli indéterminément ses immeubles jusqu'à concurrence de 20000 liv. & que cet apport n'ait point encore été fourni ni déterminé, les enfans de leur mere prédécédée sont, pour raison de cet apport de leur pere, créanciers de lui d'héritages jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme, cette créance ayant des héritages pour objet, est une créance immobilière que la communauté avoit contre le survivant, qui appartenoit pour moitié à la femme comme commune, qui dans la personne des enfans est un propre naissant du côté de leur mere, de la Succession de qui ils l'ont eu, auquel leur pere survivant doit lui succéder en usufruit, conformément à ces articles.

Que si le mari avoit simplement apporté en communauté une somme de 20000 liv., à prendre sur tous ses biens, meubles & immeubles, la créance que ses enfans, comme héritiers de leur mere prédécédée, auroient contre lui, pour raison de cet apport, seroit une créance mobilière, dont il seroit héritier de ses enfans en pleine propriété.

Si la femme prédécédée, au lieu d'ameublir un corps certain, avoit promis apporter en communauté ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; *puta*, de 20000 liv., & que cet apport n'eût point été déterminé à la mort de l'enfant, il n'est pas douteux que le pere, comme créancier pour raison de cet apport, de sa femme, & conséquemment de ses enfans, héritiers de leur mere, a droit de se faire délivrer dans les héritages maternels, pour 10000 liv. d'héritages qui lui sont dûs pour la moitié de cet apport. La question est de savoir, s'il peut demander l'usufruit des dix autres mille livres en héritages maternels, comme ayant droit de succéder en usufruit à la portion que ses enfans ont eue, comme héritiers de leur mere dans l'apport de leur mere ? Je ne le pense pas. La raison est que cet apport n'ayant point été déterminé à un corps certain, le droit de la communauté résultant de cet apport, ne consistoit en aucun droit de propriété, que la communauté eût d'aucun corps d'héritage de la femme, il ne consistoit que dans une créance. Or, il s'est fait confusion & extinction de cette créance de la communauté pour la moitié que les enfans, comme héritiers de leur mere, en étoient débiteurs, & devoient avoir en cette créance ; il ne se trouve donc plus rien d'existant, dont le survivant puisse prétendre la Succession en usufruit.

Il y a encore moins de difficulté, si la femme prédécédée avoit apporté une somme de 20000 liv. à prendre sur ses immeubles, ce seroit une pure dette mobilière, confuse & éteinte pour une moitié, & dont la Succession de l'enfant, héritier de sa mere, seroit tenue pour l'autre moitié envers le pere survivant.

Le survivant succede-t il en usufruit aux conquêts de sa communauté, que son enfant a eus de la donation qui lui en a été faite par le prédécédé, & à laquelle cet enfant s'est tenu ? La raison de douter se tire des termes de l'art. 316 de notre Coutume : *Jouissent par usufruit des héritages acquis par lesdits pere & mere, & par le décès de l'un d'eux, avenus à l'un desdits enfans.* Or, dira-t-on, dans cette espece, les héritages ne sont pas avenus

à cet enfant par le décès de celui des conjoints qui a prédécédé; par conséquent, *deficere videntur verba consuetudinis*, & la disposition de Coutume ne doit point avoir lieu. Nonobstant ces raisons, il faut décider que le survivant succede en usufruit. Il n'y a aucune raison pour laquelle la Coutume auroit accordé au survivant la Succession en usufruit de ce conquêt, plutôt dans un cas que dans l'autre; d'où il résulte que ces termes, *& par le décès de l'un d'eux avenus*, ne doivent pas se prendre *restrictivè;* mais comme énoncans la voie la plus ordinaire, par laquelle ces conquêts passent de la personne du prédécédé en celle de ses enfans.

Si un conquêt, par la mort du prédécédé des deux conjoints, a passé à son fils, ensuite, par la mort du fils, au petit-fils, le survivant y succédera-t-il en usufruit à son petit-fils? La raison de douter se tire encore des termes de la Coutume. Ce conquêt n'est pas avenu au petit-fils de la Succession du prédécédé des deux conjoints, au moins immédiatement; il n'est pas un simple propre naissant en la personne de ce petit-fils, mais un propre avitin du côté de son aïeul, qui a souché déjà deux fois en la famille, & qui, par conséquent, y doit être plus fortement affecté; & en conséquence, il n'y a pas même raison d'en accorder l'usufruit au survivant. Nonobstant ces raisons, je pense que l'aïeul survivant doit, en ce cas, succéder à l'usufruit; je ne vois pas qu'il y ait moins de raison pour lui accorder l'usufruit, dans le cas auquel la portion des conquêts du prédécédé n'a passé que par le canal du fils, que dans le cas auquel elle lui seroit passée directement. Les deux raisons pour lesquelles cette Succession lui est accordée, *ratione collaborationis, & in solatium liberorum amissorum*, se rencontrent également dans l'un & l'autre cas; au contraire ayant, depuis la mort de la femme, souffert une double perte, & de son fils & de son petit-fils, il est d'autant plus digne de consolation.

Cette Succession de simple usufruit ne fait point sortir l'héritage de la famille de l'aïeule. Cela fait tomber l'autre raison de douter, tirée de ce que l'héritage est affecté à la famille de l'aïeule.

A quel titre le survivant a-t-il l'usufruit qui lui est accordé par cette disposition de Coutume?

Cet usufruit est accordé au survivant à titre de Succession; suivant qu'il résulte des termes de l'art. 230 de Paris, *desquels biens toutefois les pere ou mere, aïeul ou aïeule, succédans à leurs enfans, jouiront.....* C'est pourquoi il faut qu'il se porte héritier de son enfant, & il est tenu des dettes de la Succession, au prorata de l'estimation de cet usufruit.

Il suit aussi de ce principe, qu'il est saisi de cet usufruit, comme de toutes les autres choses auxquelles il succede, suivant la regle, *le mort saisit le vif;* il n'est donc point obligé d'en avoir la délivrance des héritiers qui succedent à la propriété.

Il est vrai que la Coutume l'oblige à donner la caution fidéjussoire, ou du moins juratoire, aux héritiers qui succedent à la propriété; mais cette obligation que la Coutume lui impose, ne donne aux héritiers de la pro-

priété qu'une action pour exiger de lui cette caution, & le droit de saisir & arrêter, sur une Ordonnance du Juge, les revenus des héritages, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette caution, & cela n'empêche pas que, succédant à cet usufruit en qualité d'héritier, à titre d'héritier, il n'en soit saisi.

Si ce droit a lieu dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas ?

Ce droit étant un droit purement positif, & dérogeant *aliquatenùs*, à la regle générale, qui affecte la Succession des propres aux parens du côté d'où ils procédent, ne peut être suivi que dans les Coutumes qui s'en sont expliquées.

ARTICLE III.

De la Succession déférée aux ascendans du défunt des propres de leur côté.

La regle *propre ne remonte*, suivant que nous l'avons observé ci-dessus; n'exclud les pere, mere, ou autres ascendans, que de la Succession des propres qui procedent d'un autre côté que le leur, rien n'empêche qu'ils ne soient héritiers de leurs enfans aux propres qui proviennent de leur côté.

Cela arrive même dans le cas de l'article 315 de Paris, & 317 d'Orléans; & dans le cas de l'article 313 de Paris, & 315 d'Orléans, & dans quelqu'autres cas. Nous traiterons de ces différens cas séparément.

§. I.

Du cas des articles 315 de Paris, & 317 d'Orléans.

L'article 315 de Paris est conçu en ces termes : *Si le fils fait acquisition d'héritages ou autres biens immeubles, & il décede délaissant à son enfant lesdits héritages, & ledit enfant décede après sans enfans & descendans de lui, & sans freres & sœurs, l'aïeul ou l'aïeule succedent auxdits héritages en pleine propriété, & excluent tous les autres collatéraux.*

L'article 317 d'Orléans est conçu à-peu-près dans les mêmes termes, & dans l'espece de cet article, l'héritage qui se trouve dans la Succession de ce petit-fils, qui lui venoit de la Succession de son pere qui l'avoit acquis, est un propre paternel, puisqu'il lui vient de la Succession de son pere, la mere ne peut pas succéder à ce propre n'étant pas maternel, mais l'aïeul & l'aïeule paternels & les autres ascendans paternels, y succedent, parce que cet héritage est un propre paternel, & par conséquent, un propre de leur côté.

L'article néanmoins préfere à l'aïeul & à l'aïeule paternels, les freres & sœurs du défunt, ce qu'il faut entendre des freres & sœurs germains, ou consanguins du défunt; car dans la supposition que nous faisons que cet héritage

héritage vient au défunt de la Succeſſion de ſon pere qui l'avoit acquis, ſes freres & ſœurs utérins, qui ne ſont pas parens de ce côté, ne ſont pas capables d'y ſuccéder, tant qu'il y a quelque parent paternel.

Quelle eſt la raiſon de préférence que la Coutume donne aux freres du défunt, ſur l'aïeul ou l'aïeule ? Elle eſt fondée ſur ce que les freres & ſœurs du défunt ſont enfans de celui qui a mis le propre en la famille. Or, c'eſt une maxime qui a lieu en fait de Succeſſion de propre, que les deſcendans de celui qui a mis le propre dans la famille ſont préférés, en parité de degré, aux autres parens, le vœu de celui qui a mis l'héritage en la famille, ayant été de l'acquérir plutôt pour ſa poſtérité, que pour ſes parens. La Loi n'a néanmoins déféré qu'en partie au vœu de celui qui a mis le propre en la famille; ſi elle y eût déféré entierement, elle eût préféré ſes deſcendans, quoiqu'en degré plus éloigné, ce qu'elle n'a pas fait. Elle s'eſt contentée de leur donner la préférence en parité de degré. C'eſt ce qui paroît par cette diſpoſition de Coutume, qui préfere ſeulement les freres & ſœurs du défunt à l'aïeul, comme étant leſdits freres & ſœurs, deſcendus du pere du défunt, qui a mis le propre en la famille, &, en parité de degré, à l'aïeul. Elle ne lui préfere pas les neveux du défunt, quoique pareillement deſcendus de celui qui a mis le propre en la famille, parce qu'ils ſont en un degré plus éloigné, n'étant qu'au troiſieme degré.

Lorſque le défunt n'a laiſſé ni freres ni ſœurs, l'aïeul, dans l'eſpece de cet article, exclud, à la vérité, les autres parens du défunt; mais ſi ce défunt a laiſſé un frere ou une ſœur, & des neveux d'un autre frere, ces neveux étant, en ce cas, placés, par repréſentation, au degré de leur pere, & la Succeſſion de leur oncle leur étant déférée conjointement avec le frere du défunt, ils excluront l'aïeul; ce qu'ils ne pourroient faire, ſi le défunt n'avoit point laiſſé de freres, & qu'ils vinſſent de leur chef. *Nec notum in jure, ut quod quis ex perſonâ ſuâ non habet, ex perſonâ alterius habeat.*

Cette déciſion a lieu, quand même le frere du défunt auroit renoncé à ſa Succeſſion; car y ayant été appellés avec lui, ſa part leur accroît, ſuivant la regle qui veut que la part d'un cohéritier qui renonce, accroiſſe à ſes cohéritiers appelés à la Succeſſion avec lui.

L'article 315 de Paris, ſemblable à notre art. 317, n'a parlé que de l'aïeul; mais il eſt facile de faire aux aſcendans d'un degré ultérieur, l'application des principes ſur leſquels ces articles ſont établis, & que nous venons d'expliquer. *Finge* : Un fils, ayant encore ſes pere & mere, a fait acquiſition d'un héritage, qui, par ſa mort, a paſſé à ſon fils, petit-fils deſdits pere & mere de l'acquéreur, & ce petit-fils l'a lui-même tranſmis par Succeſſion à ſon fils, arriere-petit-fils deſdits pere & mere de l'acquéreur. Cet arriere-petit-fils naît du vivant de ſes biſaïeuls paternels & maternels, pere & mere de celui qui a mis le propre dans la famille, il eſt certain que ces biſaïeul & biſaïeule paternels étant parens de leur arriere-petit-fils du côté d'où procéde le propre, ont droit d'y ſuccéder, à l'excluſion des couſins germains du défunt du même côté, même à l'excluſion des couſins germains du défunt, deſcendus de l'aïeul du défunt qui a mis le propre en la famille; car ces couſins germains n'étant qu'au quatrieme degré de pa-

renté, & par conséquent en un degré de parenté plus éloigné que les bisaïeuls, ne peuvent les exclure.

Il est encore certain que, si le défunt eût laissé des freres & sœurs consanguins, ils eussent exclus le bisaïeul & la bisaïeule, suivant les termes formels de cet article.

Si le défunt n'a laissé ni freres ni sœurs, mais a laissé des neveux & des nieces, ou des oncles ou des tantes, descendus de l'aïeul du défunt qui a mis le propre en la famille, excluront-ils le bisaïeul & la bisaïeule ? Je le pense : c'est une conséquence du principe que nous avons établi, qu'en Succession de propre, ceux qui sont descendus de celui qui a mis le propre en la famille, excluent en parité tous les autres parens. Ses oncles & tantes, neveux & nieces du défunt, descendus de celui qui a mis le propre en la famille, sont en parité de degré avec le bisaïeul & bisaïeule, étant, comme eux, au troisieme degré de parenté, ils doivent donc exclure lesdits bisaïeul & bisaïeule. Il est vrai que, lorsque l'acquisition a été faite par le pere du défunt, l'aïeul paternel du défunt, duquel seul la Coutume a parlé, ne peut être exclus que par les freres & sœurs du défunt, parce qu'il n'y a que les freres & sœurs qui soient en parité de degré avec l'aïeul; mais par la même raison par laquelle la Coutume a décidé que les freres & sœurs du défunt, comme descendus de celui qui a mis le propre dans la famille, doivent exclure l'aïeul avec qui ils sont en parité de degré, on doit décider que les oncles & tantes, neveux & nieces, descendus de celui qui a mis le propre en la famille, doivent exclure le bisaïeul, avec lequel ils sont en parité de degré.

§. II.

Des cas des articles 313 de Paris, & 315 d'Orléans.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans, après avoir dit que, *propre héritage ne remonte aux pere & mere, aïeul & autres ascendans*, ajoute dans un article suivant; *toutefois succedent aux choses par eux données à leurs enfans, décédés sans enfans & descendans d'eux.*

Suivant cet article, les pere & mere, & autres ascendans qui ont donné à un de leurs enfans un héritage, lui succédent à cet héritage, devenu propre naissant en sa personne, privativement à tout autre parent, lorsqu'il meurt sans postérité.

Cette disposition n'est point une exception de la précédente; car la précédente, dans le cas qu'on l'entend aujourd'hui, n'exclud les pere & mere & autres ascendans, que de la Succession des propres qui procédent d'un autre côté que le leur; elle ne peut donc pas empêcher l'ascendant donateur de succéder à son enfant à l'héritage qu'il lui a donné; car cet héritage est un propre qui procéde de son côté, puisque c'est lui qui l'a donné.

C'est pourquoi la particule *toutefois*, qui joint la présente disposition à la précédente, ne l'a pas employée comme exceptive, mais comme adversative; c'est comme si la Coutume avoit dit, *mais succédent*, &c.

De quelles choses ces Coutumes déferent-elles par ces articles-là Succession à l'ascendant donateur ?

Quoique le terme *de chose*, dont elles se servent en disant *succédent ès choses*, soit un terme général, qui, dans sa signification ordinaire, comprend, tant les choses meubles que les choses immeubles, qui sont seules susceptibles de la qualité de propre; ce n'est que de ces choses dont il est question en ces articles. Cela résulte de ce terme *toutefois*, par lequel ces articles commencent, qui indique clairement sa relation avec ce qui précede, & fait connoître qu'il est question de la même espece de choses dont il étoit parlé dans le précédent.

Ces coutumes, après avoir dit, *propre héritage ne remonte aux pere & mere & autres ascendans*, pour nous faire connoître que cette regle n'exclud les ascendans que de la Succession des propres, qui proviennent d'un différent côté, ajoutent dans l'article suivant, *toutefois succedent aux choses par eux données;* c'est comme si elles disoient, toutefois succédent à ceux qui proviennent de leur côté; par exemple, à ceux qui proviennent de la donation qu'ils en ont eux-mêmes faite à leurs enfans.

Suivant ces principes, si un pere a donné à son fils une dot en effets mobiliers, la mere y succédera à son fils, mort sans enfans, également comme le pere qui les a donnés, quoiqu'elle n'y ait en rien contribué, n'étant point en communauté avec son mari, quoique ces meubles soient encore en nature; *car, dans la Succession des meubles, on ne considere point leur origine.*

Quelles personnes sont préférées à l'ascendant donateur, & à quelles personnes l'est-il ?

L'ascendant donateur ne succede aux choses qu'il a données, qu'à défaut des enfans du donataire; en les donnant à son enfant, il les lui a données, tant pour lui que pour toute sa postérité. Mais, à défaut d'enfans du donataire, est-il préféré à tous les collatéraux, même aux freres & sœurs du défunt? Ces deux derniers termes de notre article, *& descendans d'eux*, s'entendent d'eux donataires, d'eux de la Succession desquels il s'agit, & non pas d'eux pere & mere. C'est l'interprétation qu'en donnent tous les Commentateurs de la Coutume de Paris, & cela est encore plus indubitable dans la Coutume d'Orléans, suivant qu'il paroît par l'art. 248 de notre ancienne Coutume, d'où celui-ci est tiré, lequel s'exprimoit ainsi : *Si le donataire va de vie à trépas sans héritiers en droite ligne.* Par ces termes, le donateur est formellement préféré à tous les collatéraux.

L'ascendant donateur est-il préféré à un autre ascendant plus proche en degré & du même côté ? Par exemple, si l'aïeul paternel a donné un héritage à son petit-fils, cet aïeul sera-t-il préféré au pere dans la Succession de ce petit-fils, mort sans enfans ? Quelques Auteurs pensent que c'est, au contraire, le pere qui doit être préféré, comme étant, également comme

l'aïeul, de la ligne d'où le propre procéde, & ayant sur l'aïeul l'avantage du degré. Cet article ne défere aux ascendans donateurs la Succession des choses par eux données, qu'autant qu'ils se trouveront les plus proches de la ligne. Je trouve plus conforme au texte de l'article l'opinion contraire, qui défere la Succession au donateur, à défaut d'enfans du donataire, préférablement à tous autres parens, sans distinguer si ce donataire est le plus proche en degré ou non; cette interprétation doit d'autant plus être reçue en notre Coutume, que l'art. 248 de l'ancienne Coutume, dont le 315 est tiré, la favorise assez clairement.

Cette préférence de l'ascendant donateur sur les autres parens, a lieu, non-seulement dans la Succession de l'enfant qui étoit lui-même le donataire, mais encore dans celle des enfans de cet enfant donataire. Par exemple, j'ai donné à mon petit-fils un héritage, mon petit-fils l'a laissé, par Succession, à son fils, mon arriere-petit-fils, qui est mort sans enfans; je serai préféré dans la Succession de mon arriere-petit-fils pour cet héritage, à mon fils qui est l'aïeul du défunt, & par conséquent, plus proche en degré que moi.

Quid, si j'ai donné à mon fils un héritage, que mon fils l'ait donné à son fils, qui meure ensuite sans enfans, lequel succédera de mon fils ou de moi? Ce sera mon fils; car mon fils a lui-même la qualité de donateur, puisqu'il avoit donné l'héritage au défunt, & en cela cette espece est très-différente de la précédente.

J'ai donné à mon fils un héritage qui est tombé à un de ses enfans, lequel ensuite meurt sans enfans, qui succédera ou de ses freres & sœurs, ou de moi? Je pense que les freres & sœurs du défunt doivent succéder; car ils sont les enfans du donataire. La Coutume n'appelle l'ascendant du donateur à la Succession de l'héritage par lui donné, qu'à défaut du donataire; il est vrai qu'elle a parlé de la Succession du donataire lui-même, & qu'il s'agit ici de la Succession de l'enfant du donataire; mais je pense qu'il en doit être de même, par la raison que le donateur a donné au donataire pour lui & pour toute sa postérité.

A quel titre l'ascendant donateur succede-t-il aux choses par lui données?

Ce n'est point à titre de réversion comme dans le Droit écrit; mais c'est à titre de Succession proprement dite, que l'ascendant donateur succede à ses enfans aux héritages qu'il leur a donnés, c'est ce qui résulte de ce mot *succedent*. Ils ne peuvent donc point prétendre ce recours sans se porter héritiers du donataire; & il doit, pour raison desdits héritages, contribuer aux dettes de la Succession.

De-là il suit que Lalande décide mal-à-propos, qu'en cas de condamnation capitale de l'enfant donataire, & de confiscation de ses biens, l'ascendant donateur doit être préféré au fisc pour les biens qu'il a donnés; car ne succédant à ces biens qu'à titre d'héritier de son fils, il ne peut pas y succéder, lorsque son fils par sa condamnation, est devenu incapable d'avoir des héritiers.

§. III.

Des autres cas auxquels les pere, mere & autres aſcendans ſuccedent aux propres de leurs deſcendans.

Outre les deux cas ci-deſſus, les pere & mere & autres aſcendans, ſuccedent aux propres de leurs deſcendans, toutes les fois que ces propres, comme nous l'avons dit, procedent de leur côté; par exemple, j'ai renoncé à la Succeſſion de mon parent; mon fils, qui étoit dans le degré ſuivant, s'eſt accommodé avec les créanciers, & l'a acceptée; je ſuccéderai à mon fils, & aux enfans de mon fils, aux héritages qui proviendront de la Succeſſion de ce parent; car ils procedent de mon côté, puiſque mon fils l'a eue de la Succeſſion d'un de mes parens.

Mon fils, à mon refus, a accepté la Succeſſion d'un de mes parens, & a tranſmis à un de mes fils cet héritage, les freres du défunt me ſeront-ils préférés? Cette queſtion ne ſe décide point par les articles 315 de Paris & 317 d'Orléans. Dans l'eſpece de ces articles, ſi les freres du défunt ſont préférés à l'aïeul, c'eſt que c'eſt leur pere qui a acquis l'héritage, qui a mis le propre dans la famille, & que c'eſt une regle dans les Succeſſions de propres, que les aſcendans de celui qui a mis l'héritage dans la famille, ſont préférés, en parité de degré, aux autres parens. Mais dans l'eſpece préſente, ce n'eſt point le pere commun du défunt & de ſes freres & ſœurs, qui a mis l'héritage en la famille, il y a ſuccédé à un de ſes parens collatéraux; les freres & ſœurs n'ont pas plus que moi l'avantage d'être deſcendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille : c'eſt pourquoi cette eſpece eſt toute différente de celle des articles ci-deſſus cités, & ne ſe peut décider ſur les principes ſur leſquels ils ſont fondés; il faut donc chercher la déciſion de la queſtion dans un autre principe. Le voici : la Succeſſion des meubles & acquêts eſt la Succeſſion ordinaire; elle eſt comme le droit général, le droit commun dont la Succeſſion des propres s'écarte, en ce qu'au lieu que la premiere eſt déférée aux parens indiſtinctement, de quelque côté qu'ils ſoient, un certain ordre cependant gardé entr'eux; celle des propres au contraire, n'eſt déférée qu'aux parens d'un certain côté d'une certaine famille. Pour régler donc l'ordre qui doit être gardé, dans cette Succeſſion aux propres, toutes les fois que la Loi ne s'en eſt pas expliquée autrement, on doit avoir recours à celui qu'elle a preſcrit pour la Succeſſion aux meubles & acquêts, comme c'eſt la Succeſſion ordinaire & de droit commun.

Suivant ce principe, la Coutume de Paris ayant préféré les aſcendans aux freres & aux ſœurs, & à tous les collatéraux, dans l'ordre de la Succeſſion des meubles & acquêts, & ne s'étant point expliquée ſur ce point pour la Succeſſion des propres, on doit pareillement en cette Coutume de Paris, préférer, dans la Succeſſion des propres, les aſcendans du côté d'où le propre eſt venu aux freres & ſœurs du défunt.

Au contraire, notre Coutume d'Orléans ayant, dans l'ordre de la Succession des meubles & acquêts, appelé les freres & sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul & autres ascendans ultérieurs, auxquels elle a seulement réservé l'usufruit, on doit pareillement, sur les cas dans lesquels elle ne s'est pas expliquée, préférer, dans la Succession des propres, les freres & sœurs du côté où est le propre, aux aïeuls ou autres ascendans ultérieurs, du côté d'où ledit propre procede, en laissant seulement l'usufruit aux ascendans.

SECTION III.

De l'ordre de succéder en Succession collatérale.

La regle générale pour l'ordre de la Succession collatérale, est que les collatéraux qui sont dans le plus prochain degré de parenté avec le défunt, viennent ensemble à sa Succession, & excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné.

Cette regle souffre des limitations par le droit de représentation, & par le rappel qui y supplée, par les prérogatives du double lien, par la prérogative de la masculinité, enfin dans la Succession des propres.

ARTICLE PREMIER.

De la représentation en ligne collatérale.

Il y a trois principales classes de Coutumes différentes sur cette matiere. La premiere est de celles qui rejettent entierement la représentation en Succession collatérale. De ce nombre est la Coutume de Blois, art. 139. La seconde est de celles qui l'admettent aux termes de droit; c'est-à-dire, en faveur seulement des neveux & nieces. De ce nombre sont les Coutumes de Paris, art. 320, & d'Orléans, art. 318. Enfin la troisieme est de celles qui l'admettent à l'infini en quelque degré que ce soit. Nous ne dirons rien de la premiere classe de ces Coutumes.

§. I.

De la représentation qui a lieu dans les Coutumes de Paris & d'Orléans en faveur des neveux & nieces.

La Coutume de Paris, art. 320, & celle d'Orléans, art. 318, ont admis la représentation en faveur des neveux & nieces, conformément à la Novelle 118, Ch. 3, & ne l'étendent pas au-delà.

Nous avons vu en la Section premiere, en traitant de la représentation qui a lieu en ligne directe, ce que c'étoit que la représentation, & quels sont les principes sur cette matiere. Nous ne le répéterons plus ici.

Un de ces principes est que les représentans ne peuvent avoir plus de droit qu'en auroit eu la personne représentée.

Il suit de ce principe, que les neveux, enfans d'une sœur qui viennent par représentation de leur mere, à la Succession de leur oncle, sont exclus des fiefs par les freres du défunt, suivant que le décident les Coutumes de Paris, art. 322, & d'Orléans, art. 320; car leur mere l'auroit été par le principe que nous verrons ci-après, qui est qu'en Succession collatérale les mâles excluent les femelles; or, ils ne peuvent avoir plus de droit que la personne qu'ils représentent.

Ces dispositions des Coutumes de Paris & d'Orléans, étant fondées sur un principe tiré de la nature même de la représentation, doivent être suivies dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas.

Nous avons traité la question sur la ligne directe, si les représentans succédoient non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée, la même question a lieu dans la ligne collatérale. Notre Coutume, art. 321, l'a décidé pour l'affirmative, en ordonnant que la fille, venant du mâle, représente son pere pour succéder à l'oncle avec le frere du défunt.

La Coutume de Paris ne s'étant point expliquée sur cette question, elle y a été différemment jugée. Deux anciens Arrêts de 1631 & 1658, rapportés par Ricard, l'avoient jugé pour la niece; mais l'Arrêt de Saintos de 1665, rapporté au deuxieme tome du Journal des Audiences, a jugé le contraire. Les raisons me paroissent très-fortes en faveur de la niece. La Coutume de Paris a admis, pour la ligne directe, le principe que le représentant succede non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée, en décidant que la fille de l'aîné le représente pour le droit d'aînesse. Ayant admis ce principe pour la ligne directe, sur quel fondement pensera-t-on qu'elle en ait admis un contraire pour la ligne collatérale? D'ailleurs les articles de la nouvelle Coutume d'Orléans, rédigée par les mêmes Commissaires qui ont rédigé celle de Paris, & depuis celle de Paris, doivent servir d'interprétation à celle de Paris. Ceux qui, au contraire, tiennent le parti du frere contre la niece, fille de l'autre frere, & la décision de l'Arrêt de Saintos, s'offrent de trouver une différence entre la ligne directe & la collatérale: ils disent que les enfans ayant une espece de droit à la Succession de leur pere dès son vivant, le droit d'aînesse, qui étoit un droit commencé dès le vivant de leur pere, passe, par son décès, à ses représentans, de quelque sexe qu'ils soient, parce que ce droit avoit déjà un commencement d'existence. Au contraire, les collatéraux n'ayant droit à la Succession de leur parent collatéral de son vivant, les prérogatives que le parent mâle a droit d'y exercer, sont des prérogatives qui ne commencent à avoir lieu, que lors de l'ouverture de la Succession, & par conséquent, qui n'avoient aucun commencement d'existence lorsqu'il est prédécédé. Elles n'ont donc pu succéder qu'à son degré qui se trouvoit vacant, & non point à aucune prérogative.

C'est une question semblable à celle de la précédente, dans les Coutumes qui reglent le partage des Successions entre Nobles, différemment

qu'entre Roturiers, de savoir si les enfans non nobles, qui viennent par représentation de leur mere noble, doivent avoir les mêmes avantages qu'auroit eus leur mere. Cette question dépend, comme la précédente, du point de savoir si la Coutume a admis ou non le principe que la représentation donne aux représentans toutes les prérogatives qu'auroit eues dans la Succession la personne représentée quoiqu'attachées aux qualités personnelles de la personne représentée.

Le principe que le représentant succede non-seulement au degré, mais à toutes les qualités personnelles de la personne représentée, & que notre Coutume a clairement admis par l'art. 321 ci-dessus rapporté, reçoit une exception en l'art. suivant. *Et si en ladite Succession il y a fiefs, les enfans des freres n'excluent leurs tantes, sœurs du défunt; ains succedent lesdites tantes de leur chef, comme étant les plus proches avec les enfans des freres.....*

La Coutume de Paris, art. 323, a la même disposition.

Le frere, qui est représenté par les neveux ses enfans, auroit eu certainement la prérogative d'exclure les sœurs du défunt dans les fiefs; ses enfans, suivant cet article, ne les excluent pas. Voilà donc une prérogative de la personne représentée, à laquelle les représentans ne succedent point.

Quelle est donc la raison? On dit que la proximité du degré qu'a la sœur, compense l'avantage de la masculinité qu'a le neveu, ce que la Coutume insinue par ces termes: *Lesdites tantes... comme étant les plus proches.* Cette raison souffre difficulté; car la fiction de la représentation qui place les neveux au degré du frere, donne aux neveux la même proximité de degré qu'a la tante, & c'est en cela que consiste l'essence & la nature de la représentation; la tante n'a donc pas sur eux l'avantage du degré, & il reste à ces neveux sur elle l'avantage de la masculinité.

Il faut donc chercher une autre raison: c'est peut-être celle-ci. La fiction de la représentation a été introduite pour faire concourir des parens d'un degré plus éloigné, avec des parens en degré plus proche; elle doit donc se borner à faire concourir ceux qui viennent par représentation avec les parens en degré plus proche, en les plaçant au même degré qu'eux; elle peut même les faire concourir avec toutes les prérogatives qu'auroit eues la personne qu'ils représentent; mais il est contre la fin pour laquelle la représentation a été introduite, qu'elle donne à ceux qui viennent par représentation, le droit d'exclure les parens en plus proche degré; ils ne peuvent donc succéder par le secours de la représentation, à ce droit d'exclure qu'auroit eu la personne qu'ils représentent, à moins qu'il n'y ait quelque Loi qui le leur accorde, comme dans le cas du double lien, suivant que nous le verrons ci-après, *Jus representationis*, dit Cujas, *hanc vim tantùm habet ut remotior cum propiore concurrat, non ut propiorem prorsùs excludat.*

Les sœurs du défunt ne sont point excluses de la Succession des fiefs par les neveux, enfans du frere, lorsqu'il n'y a point de frere vivant qui soit appelé à la Succession; quand il y en a un, il n'est pas douteux qu'elles en sont excluses.

Quid,

Quid, s'il y en avoit un qui renonçât à la Succession; seroient-elles excluses? Je le pense; car il suffit que ce frere, quoiqu'elle ait renoncé à la Succession, y ait été appellé, pour que la sœur ne l'ait point été; la Succession des fiefs a été déférée à ce frere, & aux neveux du frere prédécédé conjointement, à l'exclusion de la sœur; & par la renonciation de ce frere, sa part est accrue à ses cohéritiers qui étoient les neveux.

Si le défunt a laissé une sœur, des neveux enfans d'un frere, & des neveux enfans d'une sœur, les neveux enfans du frere, excluront-ils les neveux enfans de la sœur? La question souffre grande difficulté. Les Arrêts & les Commentateurs sont partagés. On peut alléguer contre l'exclusion le principe que nous avons rapporté ci-dessus; que la fin de la représentation étant de faire concourir les parens d'un degré plus éloigné, avec ceux qui sont dans un degré plus proche, elle ne devoit donner le droit que d'être placé au degré de la personne représentée, le droit de concourir en conséquence à la Succession même, avec les prérogatives de la personne représentée, mais non pas le droit d'exclure les autres parens de cette Succession, parce que la fiction de la représentation n'a point été introduite pour exclure, mais pour concourir; que nos Coutumes s'en étoient suffisamment expliquées, en décidant que les neveux qui viennent par représentation du frere, ne succédoient point au droit qu'auroit eu leur frere d'exclure les sœurs du défunt dans les fiefs; que, par la même raison, ils ne pouvoient pas exclure les neveux enfans de la sœur; car ou ils succédent au droit d'exclure qu'avoit le frere qu'ils représentent, ou ils n'y succédent pas; on ne peut pas dire qu'ils y succédent, puisque la Coutume décide qu'ils concourent avec la sœur du défunt; s'ils ne succédent pas à ce droit d'exclure, ils ne peuvent donc pas exclure les enfans de la sœur; ces enfans de la sœur étant placés, par la représentation, au même degré que leur mere, ont autant de droit qu'elle; la représentation leur donne tous les droits qu'auroit eus leur mere; & par conséquent, ils doivent avoir le droit de concourir à la Succession des fiefs avec les enfans du frere, comme leur mere l'auroit eu. Les raisons de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, sont que la représentation donne aux représentans tous les droits qu'auroit eus la personne représentée; que la Coutume en a excepté le droit d'exclure la sœur du défunt de la Succession des fiefs; qu'on doit se renfermer dans les termes de l'exception, & ne pas l'étendre à celui d'exclure pareillement les enfans de la sœur; que si la Coutume n'a pas voulu que les enfans du frere pussent exclure la sœur, c'est par une raison qui ne milite qu'à l'égard de la sœur même, & non à l'égard des enfans de la sœur; c'est parce que ces enfans du frere n'étant que, par le secours de la fiction, placés au même degré que la sœur, la Coutume a jugé qu'il suffisoit que la fiction imitât la vérité, mais qu'elle ne devoit pas l'emporter sur la vérité, ni par conséquent faire exclure de la Succession des fiefs, la sœur qui étoit véritablement dans le degré de succéder, dans lequel les neveux n'étoient que par le secours de la fiction. La Coutume insinue que c'est par cette raison que les sœurs ne sont pas excluses, par ces termes: *Les sœurs*, comme étant les plus proches; c'est

comme ſi elle diſoit, *les ſœurs, en conſéquence de ce qu'elles ſont dans la vérité les plus proches, & que la fiction ne doit pas prévaloir à la vérité;* d'où on conclud que l'exception en faveur des ſœurs ne doit pas s'étendre aux enfans des ſœurs, qui, étant en parité entiere de degré avec les enfans du frere, ſont dans le cas d'être exclus par eux.

Obſervez que, ſi on ſuit la premiere opinion, les neveux, enfans du frere ſuccédans avec la ſœur, ne doivent point exclure des fiefs, non-ſeulement les neveux, enfans d'une ſœur, mais ni même les nieces, enfans de cette ſœur, qui, repréſentant leur mere, doivent avoir le même droit qu'elle auroit eu.

Au contraire, ſi on ſuit la ſeconde opinion, les neveux, enfans du frere ſuccédans avec la ſœur, doivent exclure des fiefs, tant les neveux que les nieces, enfans de la ſœur.

Mais la niece, fille du frere, aura-t-elle le même droit? Cela dépend de la queſtion qui a déjà été agitée ci-deſſus, & jugée par l'Arrêt de Saintes, de ſavoir ſi, en Succeſſion collatérale, les repréſentans ſuccédent à la prérogative de la maſculinité de la perſonne repréſentée.

En ſuppoſant que la ſeconde opinion doive être ſuivie, Guiné demande ſi les enfans du frere ne doivent pas ſeuls profiter de la portion qu'auroient eue les enfans de la ſœur prédécédée, puiſque ce ſont eux ſeuls qui ont le droit de les exclure, & que la ſœur ſurvivante n'a pas ce droit? il dit que la queſtion ſouffre difficulté: elle n'en ſouffre aucune. Les enfans de la ſœur prédécédée, en conſéquence du droit qu'ont les enfans du frere de les exclure, n'étant point appellés à la Succeſſion des fiefs, ils n'y ont point de portion qui puiſſe accroître aux enfans des freres; c'eſt pourquoi la Succeſſion demeure entiere à partager par moitié entre la ſœur ſurvivante & les enfans du frere.

On demande ſi la diſpoſition de nos Coutumes réformées de Paris & d'Orléans, qui ne permettent pas que le fils du frere exclue la ſœur du défunt, doit être ſuivie dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées? Guiné tient qu'elle ne doit pas être ſuivie; & que le neveu ſe trouvant, par la nature de la repréſentation, placé en parité de degré avec la ſœur, doit exclure la ſœur, conformément à la régle, qu'*en parité de degré le mâle exclud la femelle.* Les principes ſur leſquels ſont fondées les Coutumes de Paris & d'Orléans pour décider le contraire, ſont des principes arbitraires, qui ne doivent pas être préſumés adoptés dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Dumoulin ſur l'art. 96. de Chartres, rapporte deux Arrêts qui ont jugé pour l'excluſion de la ſœur par le neveu, fils du frere: il dit, *& ſic non eſt ampliùs dubitandum, ſecùs ſi eſſent nepotes ex ſorore.* Il y en a pluſieurs autres dans Brodeau ſur Louet, lettre R., Chap. 9.

Pour finir la matiere de la repréſentation en collatérale, ſuivant les Coutumes de Paris & d'Orléans, il nous reſte à obſerver une différence entre cette repréſentation & celle qui a lieu en ligne directe. Celle-ci étant principalement établie pour conſerver l'égalité entre les différentes lignes de la deſcendance & poſtérité du défunt; elle a lieu, ſoit que les

enfans de ces différentes lignes soient en degré inégal, soit même lorsqu'ils sont tous en égal degré. Elle a lieu, quoique le défunt n'ait laissé, lors de son décès, ni fils ni filles, mais seulement des petits-enfans de ses différens fils ou filles prédécédés, & le partage se fait, *in stirpes* & non *in capita*, entre les petits-enfans de ces différentes lignes, ainsi que nous l'avons vu en la Section Iere. Art. Ier. Au contraire, la représentation en collatérale n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes, & pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales. Elle n'est établie qu'en faveur des seuls neveux, pour les faire concourir à la Succession, dont ils auroient été sans cela exclus par les freres & sœurs du défunt, comme plus proches en degré. Cette représentation ne doit donc avoir lieu, que lorsqu'il se trouve, lors du décès, quelque frere ou sœur du défunt qui pourroit les exclure; quand il ne s'en trouve point, il n'y a point lieu à la représentation, les neveux, issus de différens freres ou sœurs, succédent, en ce cas, de leur chef, comme étant les plus proches parens, & partagent la Succession en autant de parts qu'ils sont de personnes.

Cela avoit néanmoins souffert grande difficulté entre les Commentateurs de la Novelle 118, qui a introduit la représentation en faveur des neveux. Azon soutenoit qu'elle ne devoit point avoir lieu, lorsqu'il ne restoit aucun frere ni sœur du défunt. Accurse, au contraire, soutenoit contre son maître, qu'il ne laissoit pas d'y avoir lieu. Son opinion avoit eu d'illustres défenseurs, Dumoulin, Lecomte, &c. On a mis fin à la dispute, & l'opinion d'Azon a été embrassée; elles s'en expliquent ainsi; savoir, Paris, article 321, & Orléans, article 319, *mais si les neveux en semblable degré, viennent de leur chef, & non par représentation, ils succédent par têtes, & non par souches; tellement que l'un ne prend plus que l'autre.* Par exemple, si le défunt a laissé quatre neveux d'un frere, & un neveu d'un autre frere, ils partageront en cinq portions; le neveu, fils unique, n'aura que sa cinquieme portion.

Cela a-t-il lieu dans le cas où le défunt auroit laissé un frere qui auroit renoncé à la Succession? Non; il suffit qu'il y ait eu un frere, quoiqu'il ait renoncé, pour que la Succession ait été déférée par souches à ce frere, & aux neveux des autres freres & sœurs; les neveux de chacune des différentes souches, ont été saisis, tous ensemble, de la portion déférée à leur souche. La renonciation du pere n'a d'autre effet que de faire accroître sa part à ses cohéritiers, & ses cohéritiers sont les souches; le partage doit donc toujours se faire par souches.

Si le défunt avoit laissé un frere, & des neveux de différentes sœurs, & que le frere renonçât, le partage des biens roturiers se feroit, à la vérité, par souches, comme nous venons de le dire, parce que la Succession de ces biens a été déférée à ce frere, & aux neveux des différentes sœurs par souches; mais la Succession des biens nobles se partagera-t-elle par souches ou par personnes entre ces neveux, issus de différentes sœurs? Je pense qu'elle se partagera par personnes & non par souches; car ils n'y avoient point été appellés avec le frere du défunt, à qui seul elle avoit été

déférée, ils y sont appellés seuls par sa renonciation, comme étant dans le degré le plus proche après lui; ils n'y ont jamais concouru avec lui; & par conséquent, ils ne doivent point y succéder par représentation, ni partager ces biens par souches, mais par personnes.

Il y a un cas dans la Coutume d'Orléans, auquel les neveux de différentes souches, quoiqu'appellés seuls à la Succession, la partagent par souches. C'est le cas auquel le défunt a laissé un frere du simple lien, & des neveux de différens freres du double lien. Le frere du simple lien étant exclus par ses neveux du double lien, conformément à la disposition de la Novelle que la Coutume d'Orléans a adoptée, suivant que nous le verrons en l'article suivant, la Succession est déférée aux seuls neveux, & néanmoins ils doivent la partager par souches, parce que ce n'est que par le secours de la représentation, qui les place au degré de leur pere, qu'ils excluent le frere du simple lien, qu'ils ne pourroient pas exclure sans cela; ils succédent donc, en ce cas, par représentation, & doivent, par conséquent, partager par souches. Guiné est d'avis contraire; mais il ne l'appuie d'aucune bonne raison, ni d'aucune autorité.

Il n'y a pas lieu à la question dans la Coutume de Paris, qui n'a pas admis la prérogative du double lien.

Du principe des Coutumes de Paris & d'Orléans, qu'il n'y a pas lieu à la représentation des neveux & nieces, lorsque le défunt n'a laissé ni frere ni sœur habiles à lui succéder, il suit aussi qu'en ce cas, les oncles & tantes du défunt concourent avec les neveux; car les neveux ne succédant que de leur chef, & dans leur degré qui est le troisieme degré, les oncles & tantes du défunt, qui sont aussi au troisieme degré de parenté avec le défunt, se trouvent en parité avec eux. C'est ce qui est décidé par les articles 339 de Paris, & 329 d'Orléans.

Que si le défunt avoit laissé un frere ou une sœur, quoique ce frere ou cette sœur renonçât, les neveux excluroient l'oncle du défunt, parce qu'en ce cas, la Succession n'a pas été déférée à l'oncle, mais au frere du défunt, conjointement avec les neveux; & par la renonciation du frere, sa part est accrue aux neveux, ses seuls cohéritiers.

S'il n'y avoit que des neveux, issus de filles, comme, en ce cas, la Succession des biens nobles auroit été déférée au frere seul, la Succession de ces biens, par sa renonciation, seroit dévolue, tant à l'oncle qu'aux neveux, qui la partageroient par personnes *in capita*.

Cette disposition des Coutumes de Paris & d'Orléans, qui fait concourir l'oncle avec le neveu, est contraire à la Novelle 118, qui a établi la représentation des neveux pour trois objets: 1°. Pour les faire concourir avec les freres & sœurs du défunt: 2°. Pour leur donner la préférence sur un frere ou une sœur du simple lien, lorsqu'ils sont enfans d'un frere germain ou d'une sœur germaine: 3°. Pour leur donner la préférence sur les oncles du défunt. Cette préférence du neveu sur l'oncle, est établie par le verset *illud palàm* de la Novelle.

Il est vrai, que quelques interpretes ont prétendu que ce verset ne devoit être entendu que du cas auquel les neveux concourent avec les

freres ; mais ce n'est peut-être pas le sens de la Novelle. Lorsque le défunt a laissé un frere, il ne peut y avoir lieu à la question, si les neveux sont préférés à l'oncle, puisque l'oncle est exclu en ce cas, non par les neveux, mais par le frere. Irnier en l'auth. *post fratres*, *Cod. de Legit. hæred.* Barthole sur ledit verset, *illud palàm.* Cujas sur ledit titre du Cod. *de Legit. hæred.* ont entendu ce verset du cas auquel le défunt n'avoit laissé que des neveux & des oncles. Conformément à cette disposition de la Novelle, les Coutumes d'Auxerre & de Melun, qui ont admis la représentation aux termes de Droit, en faveur des neveux seulement, décident que le neveu doit être préféré à l'oncle du défunt.

Que doit-on décider dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées ? Je pense qu'on doit décider pour le neveu contre l'oncle, dans les Coutumes qui ont admis la représentation en faveur des neveux ; car ces Coutumes ayant adopté la disposition de la Novelle sur ce point, elles ne peuvent avoir de meilleur interprete sur les questions qui ont rapport à la représentation, que la Novelle même, qu'elles ont adoptée. C'est le sentiment de Dumoulin en sa note sur la Coutume de Vermandois.

Cela a été jugé par l'Arrêt des Carons, rapporté par Guiné. Au contraire, dans les Coutumes qui ont rejetté la représentation en collatérale, il n'est pas douteux que l'oncle doit concourir avec le neveu.

Observez que, comme c'est par le secours de la représentation que les neveux excluent l'oncle du défunt, il s'ensuit que, lorsque le défunt a laissé un oncle, les neveux des différens freres succédant, en ce cas, par représentation, puisqu'ils ne pourroient pas exclure l'oncle sans cela, doivent partager la Succession par souches. C'est l'avis le plus conforme aux principes.

§. II.

De la représentation dans les Coutumes qui l'admettent, en collatérale, à l'infini.

Il y a plusieurs Coutumes qui admettent la représentation à l'infini dans la ligne collatérale, de même que dans la directe, tant en degré égal qu'en degré inégal. Telles sont les Coutumes de Tours, du Maine, d'Anjou, & beaucoup d'autres.

Dans ces Coutumes, la Succession du défunt, lorsqu'elle tombe en collatérale, est déférée par souches, d'abord aux freres & sœurs du défunt, & aux descendans des freres & sœurs.

Soit que le défunt ait laissé des freres & sœurs qui l'aient survécu, soit qu'il n'en ait point laissé, les enfans & descendans de chacun des freres & sœurs prédécédés, prennent tous ensemble dans la Succession, la même part que le frere ou la sœur qu'ils représentent, auroit prise s'il eût vécu ; & dans la subdivision de cette part, s'il se trouve parmi les représentans des enfans du frere & des petits-enfans issus d'un autre enfant prédécédé, tous ces petits-enfans prennent tous ensemble, dans la subdivision,

la part qu'y auroit prise la personne qu'ils représentent, & ainsi des arrieres-petits-enfans, & *sic in infinitum*.

S'il ne se trouve ni freres, ni sœurs, ni aucuns descendans de freres ou de sœurs, alors la Succession est déférée de la même maniere aux oncles & tantes du défunt, & à tous les descendans des différens oncles & différentes tantes prédécédés du défunt, qui viennent de même, chacun par représentation de la personne prédécédée dont ils sont issus.

S'il n'y a aucuns oncles ni tantes du défunt, ni aucuns descendans d'oncles & de tantes, la Succession est déférée aux grands-oncles & grand'tantes, & à toute la descendance & postérité des grands-oncles & grand'tantes, de la même maniere.

S'il n'y a aucune postérité des grands-oncles ni grand'tantes, la Succession est déférée à la descendance & postérité des grands-oncles & grand'tantes, c'est-à-dire, des freres & sœurs des bisaïeuls & bisaïeules du défunt, & *sic in infinitum*, tant qu'on peut découvrir lignage.

De ces principes il suit, qu'au lieu que dans ces Coutumes, l'oncle concoure avec le neveu, lorsqu'il n'y a point de frere ni sœur, & même exclud le petit-neveu; au contraire, dans ces Coutumes, le neveu, & même le petit-neveu & l'arriere-petit-neveu, excluent toujours l'oncle; le cousin germain & ceux sur lesquels le défunt avoit le degré de cousin germain, excluent toujours le grand-oncle, &c.

En un mot, les descendans du pere ou de la mere du défunt excluent toujours ceux qui ne descendent que de l'aïeul; les descendans, les aïeux ou aïeules, excluent ceux qui ne descendent que du bisaïeul & *sic in infinitum*.

Il faut néanmoins pour la Succession des propres dans ces Coutumes comme dans les autres, être de la ligne d'où le propre procéde; c'est pourquoi, par exemple, la Succession d'un propre paternel n'est déférée qu'aux freres & sœurs germains, aux consanguins & à leur descendance; à leur défaut, elle est déférée, à l'exclusion des freres utérins & de leur postérité, aux seuls oncles & tantes paternels & à leur postérité, ou, à leur défaut, aux grands-oncles & grand'tantes paternels, & *sic in infinitum*.

L'esprit de ces Coutumes qui ont admis la représentation à l'infini, étant d'y conserver l'égalité entre les lignes, comme dans la Succession en directe, les mêmes principes qui ont lieu pour la représentation en directe, ont lieu pour cette représentation en collatérale.

C'est pourquoi elle a lieu, soit que les personnes qui viennent par représentation soient entr'elles en degré inégal, soit qu'elles soient en degré égal. Plusieurs de ces Coutumes s'en expliquent, & ce principe doit se suppléer dans celles qui ne s'en sont pas expliquées: par exemple, si trois neveux, enfans d'un frere du défunt, viennent à la Succession avec un neveu enfant d'un autre frere, la Succession se partagera par moitié, le neveu qui représente seul un frere, aura autant que les trois qui en représentent un autre.

Pareillement dans ces Coutumes les représentans sont, non-seulement

placés au degré de la personne qu'ils représentent ; mais succédent à tous les avantages & désavantages qu'elle auroit eus si elle eût survécu, de maniere que c'est le sexe de la personne représentée qui est considéré plutôt que celui des représentans, si ce n'est dans la subdivision qui se fait entre les représentans.

§. III.

Du rappel qui supplée à la représentation.

Le rappel est un acte par lequel une personne supplée à la Loi qui n'a point ordonné la représentation, en ordonnant qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, les enfans de cet héritier présomptif prédécédé le représentent.

On distingue deux especes de rappel, le rappel fait *intra terminos juris*, & le rappel fait *extra terminos juris.*

Le rappel fait *intra terminos juris*, est le rappel qu'une personne fait à sa Succession de ses petits-enfans, dans les Coutumes qui n'admettent point la représentation en ligne directe, ou celui qu'une personne fait de ses neveux dans les Coutumes qui excluent la représentation en collatérale. Ce rappel est appellé rappel *intra terminos juris*, parce qu'il est conforme au droit le plus universellement reçu, qui admet ces personnes à succéder par représentation.

Le rappel *extra terminos juris*, est le rappel des autres parens comme des petits-neveux, des cousins, &c. Il est appellé *extra terminos juris*, parce que ces personnes ne sont point appellées par le Droit Civil à succéder par représentation.

Il est évident, par ce que nous venons de dire du rappel, que c'est une ordonnance de derniere volonté.

De-là il suit, 1°. qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, excepté néanmoins le cas auquel il seroit fait par contrat de mariage, le rappel étant, en ce cas, une clause du contrat, il seroit irrévocable.

De-là il suit, 2°. qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, hors la présence & sans le consentement de la personne rappellée.

Ceci est conforme à la Note de Dumoulin sur la Coutume de Blois. *Ista declaratio ...... fieri potest etiam sine præsentiâ, scientiâ & acceptatione ejus qui ad hæreditatis partem capiendam vocatur, estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis.*

Celui qui fait un rappel n'a pas besoin non plus pour le faire du consentement de ses héritiers présomptifs, si ce n'est dans quelques Coutumes qui le requierent. Telle est la Coutume de Montargis, qui dit que le rappel ne peut être fait *sinon du consentement de tous ceux qui y ont intérêt.* Dumoulin sur cet article observe : *Intellige consensum eorum qui sunt majores 25 annis.*

Observez aussi dans ces Coutumes, que lorsque l'héritier présomptif majeur a une fois donné son consentement pour le rappel, il ne peut plus

se rétracter. C'est ce que dit Dumoulin sur notre ancienne Coutume, qui avoit la même disposition. *Qui semel consenserunt non possunt ampliùs pœnitere nisi eum de cujus Successione agitur pœniteat.*

Par quel acte doit être fait le rappel ? Il n'est pas douteux que celui qui est *intra terminos juris* peut se faire, non-seulement par un acte revêtu des formes des Testamens, mais par quelque acte que ce soit. Dumoulin, en parlant de ce rappel, dit : *Ista est simplex declaratio quæ fieri potest coram duobus testibus vel aliàs, dummodò constet.* Il faut pourtant qu'il soit par écrit ; au reste, l'écrit qui le contient n'est sujet à aucunes formes.

Il y a plus de difficulté à l'égard du rappel qui se fait *extra terminos iuris ;* Guiné prétend qu'il peut aussi se faire par quelqu'acte que ce soit. On cite un Arrêt pour ce sentiment. Pour moi, je penserois qu'il ne pourroit être fait que par testament ; cela me paroît être une suite de la maxime reçue, que le rappel, lorsqu'il est *extra terminos juris*, ne vaut que *per modum legati ;* or, on ne peut faire des légs que par testament. C'est aussi l'avis de Ricard.

On peut rappeller à sa Succession, non-seulement tous les enfans d'un frere prédécédé, mais l'un d'entr'eux, d'où naît la question si en ce cas il doit être censé rappellé à la portion entiere qu'auroit eue son pere, s'il eût vécu, ou seulement à la portion qu'il auroit eue dans la subdivision de cette portion, si ses freres & sœurs eussent été rappellés comme lui ? Guiné décide qu'il doit avoir la portion entiere ; j'aurois de la peine à suivre son avis. Le rappel, a l'effet de suppléer au défaut de la Loi, qui n'a pas admis la représentation, elle ne doit donc accorder au rappellé que ce que lui auroit accordé la loi de la représentation, si la Coutume l'eût admise ; or, ce neveu ayant des freres, la représentation ne lui auroit pas accordé le total de la portion qu'auroit eue son pere, mais seulement une portion virile dans cette portion ; *putà*, s'ils sont quatre enfans, il auroit eu le quart de cette portion ; le rappel ne doit donc lui accorder que le quart de cette portion, les freres survivans doivent profiter du surplus ; de même qu'ils auroient profité du total de la portion du prédécédé, si aucun des enfans du prédécédé n'eût été rappellé, de même ils doivent profiter des trois quarts de cette portion, lorsque trois des quatre enfans de ce prédécédé n'ont point été rappellés.

Cela a lieu lorsque le défunt ne s'est pas expliqué, lorsqu'il a dit simplement qu'il rappelloit un tel son neveu à sa Succession ; que s'il a dit qu'il le rappelloit pour succéder à la portion qu'auroit eue son pere, il est clair qu'il a voulu lui laisser toute la portion qu'auroit eue son pere. Mais je penserois qu'en ce cas le rappel donnant plus à ce neveu qu'il n'en auroit eu par la représentation, si la Coutume l'avoit admise, doit être considéré comme un rappel *extra terminos juris.*

Les deux especes de rappel ont des effets très-différens ; le rappel *intra terminos juris* supplée au défaut des Coutumes qui n'ont pas admis la représentation, & rend les personnes rappellées vraiment héritieres par représentation de leurs pere ou mere, de la portion qu'auroient eue leursdits pere ou mere, comme s'ils eussent été appellés par la Loi.

D'où

D'où il suit qu'ils sont saisis de cette portion dès le temps du décès ; qu'il n'est point nécessaire d'en demander la délivrance ; qu'ils ont part, en cette qualité, aux légitimes coutumieres dans les propres avec les autres héritiers, qui ne peuvent pas retenir ces réserves coutumieres en abandonnant aux rappellés les biens disponibles, les rappellés étant héritiers aussi-bien qu'eux.

Au contraire, le rappel fait *extra terminos juris*, ne vaut que *per modum legati* ; les rappellés ne sont point héritiers du défunt ; mais ils sont de simples légataires de la portion à laquelle ils sont rappellés ; ils n'en sont point saisis, & ils doivent en demander à l'héritier la délivrance.

De-là il suit, que l'héritier peut, vis-à-vis d'eux, retenir les réserves coutumieres en leur abandonnant les biens disponibles.

Lorsqu'une personne qui avoit un frere & un neveu d'un autre frere prédécédé, a rappellé ce neveu, si ce frere, qui excluroit le neveu, vient lui-même à mourir depuis le rappel, que deviendra le rappel ? Il y a lieu de penser que le rappel est éteint, & que ce neveu rappellé doit succéder de son chef *in capita*, avec les enfans de l'autre frere. La raison en est, que le rappel n'est fait que pour suppléer la représentation, que la Coutume n'a pas admise. D'où il suit que le neveu, fils du frere prédécédé, n'ayant plus besoin de représentation, par le décès arrivé du frere qui restoit, il ne doit plus y avoir lieu au rappel ; néanmoins la question peut souffrir quelque difficulté, & on pourroit, peut-être, dire que le neveu, enfant du frere premier décédé, pourroit prétendre la moitié des biens du défunt, nonobstant la mort de l'autre frere qui restoit, & que les enfans de cet autre frere qui a consenti au rappel, ne peuvent la lui contester.

QUESTION II.

De la prérogative du double lien.

§. I.

Ce que c'est que double lien.

On appelle lien de parenté la souche commune dont deux parens descendent ; car c'est cette souche commune qui les unit, & forme entre eux la parenté.

On appelle parenté du double lien, ou des deux côtés, celle qui est formée par deux souches communes, telle qu'est celle entre des freres qui descendent d'un même pere ou d'une même mere, entre des parens qui descendent d'un même aïeul & d'une même aïeule, *&c.*

Au contraire, la parenté formée par une seule souche commune, est appellée parenté du simple lien, ou parenté d'un seul côté. Telle est celle qui est entre des freres consanguins, qui n'ont pour souche commune que leur pere, étant nés de différentes meres, celle qui est entre des freres

utérins, qui n'ont pour souche commune que leur mere, étant nés de différens peres.

Pareillement, à l'égard des autres degrés, la parenté qui est entre mon neveu & moi, est de double lien, si ce neveu est un fils de mon frere germain, parce que nous avons pour souches communes mon pere & ma mere, qui sont l'aïeul & l'aïeule de mon neveu. Que si c'est le fils de mon frere consanguin, la parenté n'est que du simple lien, parce que nous n'avons qu'une souche commune, savoir, mon pere, qui est l'aïeul de mon neveu.

La parenté avec mon oncle est du double lien, s'il est le frere germain de mon pere, parce que nous avons pour souches communes le pere & la mere de mon oncle, qui sont mes aïeul & aïeule paternels; que s'il n'étoit que le frere consanguin de mon pere, la parenté ne seroit que du simple lien; car nous n'aurions qu'une souche commune, savoir, le pere de mon oncle, qui est mon aïeul paternel.

De même à l'égard des cousins germains, la parenté est du double lien, s'ils sont enfans de freres germains, parce qu'ils ont pour souche commune leur aïeul & leur aïeule paternels; que s'ils sont enfans de freres consanguins, la parenté sera du simple lien, parce qu'ils n'auront qu'une souche commune, savoir, l'aïeul paternel, leur aïeule étant différente.

§. II.

Quelle Loi a établi la prérogative du double lien, & quelle est la variété des Coutumes sur cette matiere?

C'est la Novelle 84 qui a introduit la prérogative des parens du double lien sur ceux du simple lien. Justinien, par cette Novelle, donne dans les Successions collatérales, la préférence aux freres & sœurs conjoints des deux côtés avec le défunt, sur les freres & sœurs qui ne le seroient que d'un seul côté.

Par la Novelle 118, par laquelle il a introduit la représentation, il accorde aux neveux & nieces, enfans des freres ou sœurs germains, le même droit de préférence sur les freres & sœurs conjoints d'un seul côté.

Les Coutumes sont différentes sur la prérogative du double lien.

1°. Il y en a qui la rejettent expressément; telle est la Coutume de Paris, art. 340 & 341, & beaucoup d'autres.

2°. Il y en a qui ne s'en expliquent point.

3°. Il y en a qui l'admettent, selon la disposition du Droit, aux freres & aux neveux.

4°. Celle d'Orléans y ajoute les oncles.

5°. Il y a des Coutumes qui l'accordent aux freres, sans parler des neveux.

6°. Il y en a qui l'accordent en termes généraux.

§. III.

Si la prérogative du double lien a lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées ?

Les Auteurs sont partagés sur cette question. Charondas, Brodeau, Lebrun, sont d'avis que cette prérogative n'a pas lieu dans les Coutumes qui ne s'en expliquent point. Le Grand, sur Troyes, prétend, au contraire, qu'elle y doit avoir lieu. Guiné distingue entre les Coutumes qui ont rejetté la représentation collatérale, & celles qui l'ont admise. Selon lui, dans les premieres, la prérogative du double lien n'a pas lieu, mais elle a lieu dans celles qui ont admis la représentation.

La premiere opinion me paroît préférable. La regle générale, en matiere de Succession collatérale, est de la déférer à tous les parens qui sont dans le degré le plus proche avec le défunt. Les freres du simple lien se trouvant fondés, dans cette regle générale, pour succéder avec les freres du double lien avec lesquels ils se trouvent en parité de degrés, ils ne peuvent en être exclus que par une Loi qui restreigne cette regle générale, & qui accorde une prérogative sur eux à ceux du double lien. Or, la Novelle ne peut servir de Loi. Elle ne peut pas l'avoir par elle-même; les Novelles de Justinien n'ayant jamais eu force de Loi dans les Gaules, qui, dès avant Justinien, n'étoient plus de l'Empire Romain; elle ne peut donc l'avoir qu'autant qu'elle auroit été adoptée par ces Coutumes; mais comment prouver qu'elle y a été adoptée, lorsque ces Coutumes ne s'en expliquent point ? Dira-t-on qu'un grand nombre de Coutumes ayant adopté expressément cette disposition de la Novelle, elle doit passer pour le droit commun du pays coutumier, & par conséquent se suppléer dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées ? On ne peut pas dire cela; car, s'il y a beaucoup de Coutumes qui l'ont adoptée, il y en a bien à-peu-près autant qui l'ont rejettée.

La distinction que fait Guiné entre les Coutumes qui ont admis la représentation en ligne collatérale & celles qui ne l'ont pas admise, est fondée sur un faux principe. Il prétend que le droit qui établit la prérogative du double lien, est une suite de celui qui a établi la représentation, d'où il conclud qu'il doit avoir lieu dans les Coutumes qui se sont déclarées pour la représentation, quoiqu'elles ne se soient pas expliquées sur la prérogative du double lien. Le principe est faux; il est si peu vrai que le Droit qui a établi la prérogative du double lien soit une suite de celui qui a établi la représentation, que le droit du double lien a été établi par la Novelle 84 auparavant que le droit de la représentation eût été établi, il n'en est donc pas une suite : ces deux droits sont tellement indépendans l'un de l'autre, que plusieurs Coutumes qui ont expressément admis la représentation, ont rejetté expressément le double lien; telle est la Coutume de Paris : & que *vice versâ*, des Coutumes qui ont rejetté expres-

sément la représentation, ont admis expressément la prérogative du double lien, telle est la Coutume de Blois. Il est vrai qu'en supposant la prérogative du double lien établie à l'égard des freres, & en supposant le droit de représentation établi en faveur des neveux, c'est une espece de suite du droit de représentation, que les neveux aient la prérogative du double lien sur les freres, telle que l'auroit eue la personne qu'ils représentent; mais ce n'est, en aucune maniere, une suite du droit de représentation que les freres aient la prérogative du double lien; ce sont deux droits qui n'ont aucun rapport; & de ce qu'une Coutume a adopté l'un, on n'en peut rien conclure pour l'autre. Notre opinion est appuyée d'un Arrêt rapporté par Brodeau, lettre S. n. 17, qui a jugé, dans la Coutume de Bourges, que la prérogative du double lien n'avoit pas lieu dans la Succession des meubles & acquêts, quoique cette Coutume l'admette expressément dans la Succession des propres, & qu'on peut par conséquent conclure, qu'à plus forte raison elle devoit être censée l'avoir admise pour la Succession des meubles & acquêts, y ayant beaucoup moins de raison de l'admettre dans la Succession des propres, que dans celle des biens ordinaires, suivant que nous le verrons par la suite.

§. IV.

En faveur de quels parens la prérogative du double lien a-t-elle lieu par la Novelle, & dans les Coutumes qui s'y sont conformées?

Cette prérogative est accordée par la Novelle suivie, en cela, par un grand nombre de Coutumes, aux freres & sœurs germains, sur les freres & sœurs conjoints d'un seul côté.

Lorsque le défunt n'a laissé aucuns freres ni sœurs, les neveux, enfans du frere germain, doivent-ils exclure les neveux enfans d'un frere consanguin ou utérin? On peut dire pour la négative, que la prérogative du double lien n'a d'abord été accordée qu'aux freres & sœurs par la Novelle 84, & que si elle a été communiquée aux enfans des freres & sœurs par la Novelle 118, qui a introduit la représentation; il semble qu'elle ne leur a été accordée que comme une suite de la représentation, & en tant qu'ils succedent, par la représentation, à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent; d'où on conclud que, lorsque le défunt n'a laissé ni freres ni sœurs, les neveux, enfans des freres germains, succédans, en ce cas, de leur chef, ne peuvent exercer la prérogative du double lien sur les neveux enfans des freres consanguins ou utérins; ces raisons paroissent fortes; c'est l'avis de Brodeau sur Louet, let. S., de Lebrun & autres. On dit, au contraire, pour l'affirmative, qu'il est vrai que c'est en parlant du cas de la représentation que Justinien, en sa Novelle 118, a parlé de la prérogative des neveux du double lien, mais qu'on n'en doit pas conclure qu'il ne leur a pas accordé cette prérogative, même hors le cas de la représentation, & lorsqu'ils succedent de leur chef; que

quoique Juſtinien ne s'en ſoit pas expliqué diſertement, on doit néanmoins le ſous-entendre; car les Loix doivent s'interpréter de maniere qu'elles ne contiennent rien de choquant. Quoi de plus choquant, de penſer que Juſtinien ait voulu donner à ces neveux du double lien plus de droit ſur les propres freres du défunt que ſur leurs enfans, & qu'il ait voulu rendre les propres freres du défunt de pire condition que leurs enfans, en faiſant concourir ceux-ci à la Succeſſion de leur oncle avec les neveux conjoints des deux côtés, pendant que leurs peres, qui étoient les propres freres du défunt, en auroient été exclus. Cujas a entendu la Novelle de cette maniere, car il dit : *Fratris utroquè parente conjuncti filii excludunt fratris altero parente conjuncti filios.* Il admet donc la prérogative du double lien, même dans le cas où les neveux ſuccedent de leur chef. La Thaumaſſiere, cent. 2, Q. 8, rapporte un Arrêt dans la Coutume de Berry, qui a jugé pour cette opinion.

Il n'y a pas lieu à la queſtion dans les Coutumes qui admettent la prérogative du double lien, & la repréſentation, tant en degré égal, qu'en degré inégal; car, dans ces Coutumes, les neveux enfans du frere germain ſuccédans par repréſentation avec les neveux, enfans du frere conſanguin, il eſt évident qu'ils exerceront la prérogative du double lien.

Il n'y a plus lieu à la queſtion dans les Coutumes qui, ſans admettre de repréſentation en ligne collatérale, accordent la prérogative du double lien aux neveux; car cette prérogative ne peut, dans ces Coutumes, être une ſuite de la repréſentation, qui n'y eſt pas admiſe; les neveux ont donc certainement, dans ces Coutumes, cette prérogative de leur chef, & par conſéquent ils peuvent, lorſqu'ils ſuccedent de leur chef, exclure les neveux du ſimple lien.

Enfin, elle n'y a pas lieu dans la Coutume d'Orléans, qui accorde la prérogative du double lien aux oncles auſſi-bien qu'aux freres & aux neveux du défunt, on ne peut pas dire qu'elle n'accorde pas cette prérogative aux neveux de leur chef, mais ſeulement comme une ſuite du droit qu'elle leur donne de repréſenter leurs pere & mere; puiſqu'elle accorde cette même prérogative aux oncles, c'eſt pourquoi les neveux conjoints des deux côtés, quoiqu'ils viennent de leur chef, doivent certainement exclure les neveux conjoints d'un côté ſeulement.

§. V.

Dans les Coutumes qui ont exprimé les parens auxquels elles accordoient la prérogative du double lien, peut-elle être étendue à d'autres?

La prérogative du double lien étant une exception à la regle générale des Succeſſions, qui les défere à tous les parens du défunt qui ſont dans le plus proche degré; cette prérogative ne doit pas recevoir d'extenſion, d'où on a conclu que, lorſqu'une Coutume accordoit cette prérogative

à certains parens, elle ne devoit pas être étendue à d'autres parens sur lesquels la Coutume ne se seroit pas expliquée.

Sur ce principe on doit décider, que dans les Coutumes qui accordent la prérogative du double lien aux neveux du défunt, & qui ne s'expliquent point sur les oncles du défunt, cette prérogative ne doit point s'accorder aux oncles conjoints des deux côtés sur les oncles conjoints d'un seul côté, quoique les oncles pussent dire qu'étant parens au même degré que les autres, ils devroient avoir les mêmes prérogatives qui sont accordées aux neveux. Car, la réponse est que les privileges sont de droit étroit, & ne doivent pas être prétendus par d'autres personnes que celles à qui la Loi les a accordés. C'est le sentiment de Cujas en sa Consult. 4.

Sur ce principe, on décide ordinairement, que dans les Coutumes qui ont accordé aux freres & sœurs germains la prérogative du double lien, sans parler des neveux, les neveux ne peuvent pas la prétendre. Guiné trouve cette décision trop générale, & il y apporte une limitation qui me paroît juste; qui est que, lorsque la Coutume qui accorde aux freres la prérogative du double lien, admet aussi, non-seulement la représentation en collatérale, mais aussi le principe que les représentans succédent à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent, on doit dans ces Coutumes accorder la prérogative du double lien aux neveux qui succédent par représentation de leur pere ou mere, quoique la Coutume ne se soit expliquée que sur les freres, car c'est une suite & une conséquence nécessaire du principe, que les représentans succédent à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent.

Par la même raison, il y a lieu de penser, que si la Coutume qui accorde la prérogative du double lien aux freres & sœurs germains, est du nombre de celles qui admettent la représentation à l'infini dans toute la descendance postérité des freres & sœurs du défunt, & ce même principe ci-dessus mentionné, que les représentans succédent à toutes les prérogatives de la personne représentée; on doit dans ces Coutumes, quoiqu'elles n'aient parlé que des freres & sœurs, accorder la prérogative du double lien à tous les descendans des freres & sœurs germains du défunt sur les freres & sœurs conjoints du défunt, d'un côté seulement, & sur toute leur descendance.

C'est l'avis de Bry, en sa note sur la Coutume du Grand-Perche, art. 153, qui ne parle que des freres; cet Auteur, sur cet article, dit: *Néanmoins y ayant représentation infinie, elle se doit étendre.*

§. VI.

Dans les Coutumes qui accordent, en termes généraux, la prérogative du double lien, quels parens sont censés compris dans la disposition?

Il y a quelques Coutumes qui accordent la prérogative du double lien, en termes généraux, en toutes Successions collatérales; telle est la Cou-

tume de Blois, qui dit, art. 155, *en toutes Successions collatérales les parens qui tiennent le défunt* ex utroque parente, *excluent tous autres qui le tiennent seulement* ex uno latere.

Celle de Montargis dit à-peu-près la même chose.

A s'en tenir à la généralité des termes & à ces mots, *en toutes*, il sembleroit que dans ces Coutumes les collatéraux d'un défunt, parens du double lien, en quelque degré qu'ils fussent, devroient exclure les parens du même degré qui ne seroient parens que du simple lien; néanmoins, par le principe déjà ci-dessus rapporté, que la prérogative du double lien contenant une exception à la regle générale des Successions, étoit de droit étroit; les Arrêts ont restreint la généralité des expressions de ces Coutumes, aux seuls parens pour lesquels Justinien, dont ce droit avoit été emprunté, l'avoit établi, c'est-à-dire, aux freres & sœurs, neveux & nieces du défunt, & non à d'autres; c'est ce que nous apprenons d'une note de Dumoulin sur la Coutume de Blois. *In causâ de Villebraisme judicatum per Arrestum quod non attenditur duplicitas vinculi ultra filios fratrum ..... restringendo hunc paragraphum ad limites Novellæ;* & cette interprétation est confirmée par l'usage de la Province. La même chose a été jugée par la Coutume de Péronne, qui, après avoir accordé aux freres & sœurs germains le droit d'exclure les freres & sœurs conjoints d'un côté, ajoute, en termes généraux, *& s'observe le semblable pour le regard des parens collatéraux conjoints des deux côtés contre ceux qui ne le sont que d'un côté;* on a jugé que cette addition, quelques généraux qu'en fussent les termes, ne comprenoit que les neveux & nieces.

Observez pareillement, que dans les Coutumes qui admettent la représentation infinie & la prérogative du double lien, cette prérogative appartient aux freres & sœurs germains du défunt & à toute leur postérité, à cause de la représentation; mais à défaut de freres & sœurs de leur descendance, tous les autres parens, tels que les oncles du défunt & leurs descendans, ne jouissent point de cette prérogative.

§. VII.

Sur quels parens la prérogative du double lien peut-elle être exercée?

Les parens conjoints *ex utroque latere* n'ont de prérogative que sur les parens conjoints d'un seul côté, avec lesquels ils sont en égal degré, & non pas sur ceux qui seroient dans un degré plus proche. Quelques Coutumes s'en expliquent par ces termes, *en pareil degré*, & on doit les suppléer dans d'autres où ils ne se trouvent pas.

C'est ce que nous apprenons d'une note de Dumoulin sur la Coutume de Blois, qui dit simplement : *En toutes Successions collatérales, les parens qui atteignent le défunt* ex utroque parente, *excluent tous autres qui l'atteignent ex uno latere.* Dumoulin dit : *intellige quandò sunt in eodem gradu, ut per Sententiam Baillivi Dunensis judicatum fuit, confirmatum*

per Baillivum Blesensem. C'est pourquoi dans la Coutume de Blois, qui n'admet point la représentation des neveux, le neveu fils du frere germain du défunt, n'exclura pas, par la prérogative du double lien, les freres consanguins ou utérins du défunt, parce qu'ils sont en plus proche degré que lui.

Observez qu'il n'est pas nécessaire que le parent du double lien soit de son chef en égal degré avec le parent du simple lien, pour qu'il puisse l'exclure, il suffit qu'il s'y trouve par le secours de la représentation dans les Coutumes qui l'admettent; c'est ce qui est décidé en termes formels par la Novelle qui décide que les enfans du frere germain du défunt excluent les freres du défunt conjoints d'un seul côté.

§. VIII.

A quels parens & sur quels parens la Coutume d'Orléans accorde-t-elle la prérogative du double lien?

La Coutume d'Orléans, article 330, s'exprime ainsi : *En meubles & conquêts immeubles, les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé sans hoirs de son corps, excluent ceux qui sont conjoints d'un côté seulement, jusqu'au degré des oncles & tantes, neveux & nieces du décédé inclusivement.*

Il n'est pas douteux que, conformément à cet article, les freres ou sœurs germains excluent les freres ou sœurs d'un seul côté; que, lorsqu'il n'y a ni freres ni sœurs, les neveux du double lien excluent, tant les neveux du simple lien, que les oncles du simple lien, & que, *vice versâ*, lorsqu'il n'y a ni freres ni sœurs, les oncles ou tantes du double lien, excluent, tant les oncles & tantes du simple lien, que les neveux & nieces du simple lien.

On a agité la question dans cette Coutume, si les neveux ou nieces du double lien devoient exclure les freres ou sœurs du simple lien? Lalande rapporte deux Arrêts rendus en notre Coutume; le premier avoit jugé contre l'exclusion, mais le second, rendu depuis 1618, confirmatif d'une Sentence du Bailliage, a jugé pour l'exclusion; & c'est à cet Arrêt, qui est conforme à la Novelle, qu'il faut se tenir. La raison de douter étoit que l'édition de notre Coutume de Saturnin Hotot portoit ces mots, *excluent en égal degré.* La réponse est, 1°. Que quand ils se trouveroient dans le texte de la Coutume, ils devroient être entendus en ce sens, *en égal degré*, soit de leur chef, soit par le secours de la représentation; or, les neveux & nieces, quoiqu'ils soient de leur chef parens plus éloignés que les freres & sœurs, néanmoins, par le secours de la représentation, ils se trouvent placés au même degré, ce qui suffit pour qu'ils puissent les exclure. 2°. Ces mots qui se trouvent dans l'édition d'Hotot, ne sont point dans toutes les autres, & se trouvent rayés sur l'original qui étoit à l'Hôtel-de-Ville, où Lalande atteste avoir vu la rature; cette rature n'a

pu être faite que dans la crainte qu'on ne crût qu'on eût voulu ôter aux neveux & nieces qui viennent par repréſentation, l'avantage du double lien; il doit donc demeurer pour conſtant qu'on n'a pas voulu leur ôter.

On a fait une autre queſtion de ſavoir qui devoit être préféré d'un oncle du défunt du double lien, ou d'un frere ou une ſœur du ſimple lien? Il a été jugé en notre Coutume pour le frere, par Arrêt de 1634, rapporté par Brodeau. Ce qui eſt conforme au principe général que nous avons établi ci-deſſus, que le parent, conjoint des deux côtés, n'a la prérogative du double lien, que ſur les parens avec leſquels il eſt en égal degré, ſoit de ſon chef, ſoit au moins par le ſecours de la repréſentation; l'oncle n'étant donc point en aucune maniere en égal degré avec le frere, il ne peut avoir ſur le frere la prérogative du double lien, & le frere, comme le plus proche, le doit exclure. La raiſon de douter, eſt de ce que les mots *en pareil degré* avoient été rayés ſur l'original; mais il eſt plus que probable qu'ils ne l'ont été que par la raiſon qui a été dite ci-deſſus.

§. IX.

Pour quelles eſpeces de biens a lieu la prérogative du double lien?

La prérogative du double lien n'a lieu que pour la Succeſſion des meubles & acquêts, & non pour celle des propres, la plupart des Coutumes s'en expliquent, & cette diſtinction doit ſe ſuppléer dans celles qui ne s'en expliquent pas.

La raiſon ſur laquelle cette diſtinction eſt fondée, eſt facile à appercevoir. La parenté paternelle & la parenté maternelle, donnant l'une & l'autre également droit à la Succeſſion des meubles & acquêts, le parent conjoint, *ex utroque latere*, qui réunit en lui ces deux parentés, a comme un double droit à cette Succeſſion contre le parent, *ex uno latere*, qui n'a que l'une de ces deux parentés. C'eſt pour cela que le parent conjoint, *ex utroque latere*, l'emporte ſur lui.

Il n'en eſt pas de même de la Succeſſion des propres; il n'y a que la parenté du côté d'où le propre procéde, qui donne droit à la Succeſſion de ce propre: d'où il ſuit que, pour la Succeſſion d'un propre paternel, (par exemple) le frere germain du défunt n'a pas plus de droit que le frere conſanguin; car il n'y a que la parenté paternelle qui donne droit au frere germain à la Succeſſion de ce propre, laquelle parenté le frere conſanguin a auſſi-bien que lui; la parenté maternelle qu'il a de plus que le frere conſanguin, eſt une parenté qui ne peut donner aucun droit à la Succeſſion d'un propre paternel, elle eſt entiérement étrangere pour cette Succeſſion; le frere conſanguin y a donc autant de droit que le frere germain; ils doivent donc concourir, & le double lien de parenté que l'un a ſur l'autre, n'y doit être d'aucune conſidération.

La prérogative du double lien a-t-elle lieu dans la Succeſſion des propres qui ne ſont affectés à aucune ligne? Par exemple, ſi le défunt laiſſe dans ſa

Succession un héritage qui lui est venu de la Succession de l'un de ses freres germains qui l'avoient acquis, cet héritage est un propre dans sa Succession, puisqu'il lui est venu de Succession; mais c'est un propre qui n'est pas plus affecté à la ligne paternelle qu'à la ligne maternelle, puisque son frere qui l'avoit acquis, & de la Succession duquel il lui etoit venu, étoit son frere germain, & par conséquent, son parent paternel & maternel tout à la fois; la prérogative du double lien aura-t-elle lieu pour la Succession de ce propre? Pour la négative, on peut dire que la prérogative du double lien est de droit étroit, comme nous l'avons déjà observé plusieurs fois; qu'elle ne peut donc avoir lieu pour d'autres biens que pour ceux pour lesquels les Coutumes l'ont accordée; que l'ayant accordée pour les meubles & acquêts, elle ne peut pas avoir lieu pour les propres. Au contraire, pour l'affirmative on dira que les Coutumes, en parlant des meubles & acquêts, n'en ont parlé que par opposition aux propres de ligne, & n'ont entendu exclure de la prérogative du double lien, que la Succession des propres de ligne; que cela paroît, pour peu qu'on fasse attention à la raison de la distinction qu'on fait à cet égard entre les meubles & acquêts, & les propres; cette raison, comme on l'a déjà observé ci-dessus, est que l'une & l'autre des parentés paternelle & maternelle, donnent droit à la Succession des meubles & acquêts; d'où il suit que celui qui réunit les deux parentés, y a un double droit contre celui qui n'a que l'une de ces parentés, & doit, par conséquent, l'emporter sur lui, au lieu qu'il n'y a que l'une de ces deux parentés qui donne droit à la Succession; savoir, celle du côté d'où le propre procéde, l'autre n'y donne aucun droit; le parent qui réunit les deux parentés, n'a donc pas plus de droit à la Succession des propres, que les parens qui n'ont que la simple parenté du côté d'où le propre procéde; c'est la raison pour laquelle il ne leur est pas préféré, & pour laquelle le double lien n'est d'aucune considération pour cette Succession; mais cette raison ne milite point du tout à l'égard des propres qui ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre; au contraire, la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien pour la Succession des meubles & acquêts, milite également pour celle de ces propres sans ligne; l'une & l'autre des parentés paternelle & maternelle donnent droit à cette Succession, comme à celle des meubles & acquêts; celui qui réunit les deux parentés y a donc un double droit, comme à celle des meubles & acquêts; & par conséquent, il doit exclure dans cette Succession ceux qui n'ont que l'une des deux parentés, comme dans celle des meubles & acquêts; ces propres sans lignes sont, quant à la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien, entiérement semblables aux meubles & acquêts, & entiérement dissemblables des propres de ligne; & par conséquent, ils doivent être compris dans ce que les Coutumes ont ordonné pour la Succession des meubles & acquêts par rapport à cette prérogative, & non pas dans ce qu'elles ont ordonné par rapport aux propres de ligne. Guiné rapporte un Arrêt de 1691, qui a jugé pour cette opinion en la Coutume de Blois.

ARTICLE III.

De la prérogative de masculinité dans la Succession collatérale des fiefs.

En Succession de fief en ligne collatérale, le masle en pareil degré for-clost la femelle. Telle est la disposition de la Coutume d'Orléans, art. 99. La Coutume de Paris & plusieurs autres en ont de semblables.

Cette préférence qu'ont les mâles sur les femelles, n'est point fondée sur aucun intérêt des familles, ni sur ce que c'est par les mâles que les familles se perpétuent; mais sur ce qu'autrefois les filles, comme incapables du service militaire, n'étoient point capables de posséder des fiefs, ni d'y succéder; on les y a admises par la suite, mais à la charge que les parens mâles, lorsqu'ils seroient en égal degré avec elles, conserveroient l'ancien droit qu'ils avoient de les en exclure.

Cette préférence n'a lieu que dans la ligne collatérale, dans la ligne directe descendante, après que le fils aîné a prélevé son préciput, les enfans mâles & femelles partagent également les fiefs; & dans la ligne directe ascendante, la mere partage également les fiefs avec le pere, l'aïeul avec l'aïeule, &c.

Il résulte de la raison que nous avons donnée de la préférence des mâles, qu'on ne considere pour cette préférence, que le sexe des parens qui se présentent de leur chef à la Succession, & non point celui des personnes dont ils descendent. C'est pourquoi un neveu, fils d'une sœur du défunt, qui vient à la Succession de son chef, exclura la niece, fille d'un frere, quoique ce neveu, fils d'une sœur, ne soit point du nom du défunt, & qu'au contraire la niece ait l'avantage d'être du nombre de la famille du défunt.

Lorsque des parens succédent, non de leur chef, mais par représentation, c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré pour cette préférence, & non celui des représentans.

De-là il suit que, si les neveux, enfans d'une sœur du défunt, viennent à sa Succession par représentation de leur mere, avec une sœur du défunt, & des nieces, enfans d'une autre sœur, ces neveux, quoique mâles, n'excluront pas de la Succession des fiefs ni la sœur ni les nieces, enfans de l'autre sœur, parce que ces neveux venans par représentation de leur mere, ce n'est point leur sexe qui doit être considéré, mais celui de leur mere, & qu'ils ne peuvent pas avoir plus de droit pour exclure la sœur du défunt & les autres nieces, qu'en auroit eu leur mere qu'ils représentent, & dont ils tirent tout leur droit.

Non-seulement le mâle qui succéde par représentation de sa mere, n'a pas la prérogative d'exclure les sœurs & les nieces, filles des sœurs, il est lui-même exclus de la Succession des fiefs par les freres du défunt, comme sa mere l'auroit été, ne pouvant pas avoir plus de droit que sa mere qu'il représente. C'est une seconde conséquence de la régle, qu'on

considere le sexe de la personne représentée, plutôt que celui des représentans.

Ces deux conséquences ne souffrent aucune difficulté; & c'est une chose avouée de tous, que le mâle qui succéde par représentation de sa mere, ne peut tirer aucun avantage de son sexe, ni pour exclure les sœurs & nieces du défunt de la Succession des fiefs, ni pour éviter d'en être exclus par les freres du défunt, ou descendans des freres.

Vice versâ. Peut-on tirer cette autre conséquence de notre régle, que la fille qui succéde par représentation de son pere, ne souffre aucun préjudice de son sexe, qui l'empêche de pouvoir succéder aux fiefs, comme son pere y auroit succédé, ni même de pouvoir exclure les sœurs du défunt & descendans des sœurs, comme son pere l'auroit pu faire? Notre Coutume, art. 323, a adopté cette conséquence, au moins pour la premiere partie, en décidant que la niece, fille du frere, succéde aux fiefs avec les freres du défunt; elle ne lui donne pas néanmoins le droit d'exclure les sœurs du défunt; mais ce n'est pas par le défaut de son sexe qui n'est point considéré, puisqu'elle ne le donne pas au neveu, mais par une autre raison que nous verrons ci-après.

Dans les autres Coutumes, la question fait difficulté. Voyez ce qui en a été dit, & des autres questions qui y ont rapport, en l'article de la représentation.

La régle que nous avons établie, que c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré, & non celui des représentans, a lieu pour le partage principal de la Succession, parce que ce n'est pas de leur chef, mais du chef de la personne représentée, que les représentans viennent à ce partage, ce sont les personnes qu'ils représentent qui sont, en quelque façon, censées partager plutôt qu'eux; mais dans la subdivision, comme c'est de leur chef que les représentans subdivisent entr'eux la portion échue à leur souche, on doit dans cette subdivision, considérer le propre sexe de chacun des représentans.

C'est pourquoi si plusieurs neveux & nieces ont succédé, par représentation de leur pere, ou de leur mere, à leur oncle dans la subdivision de la portion des biens féodaux qui est échue à leur souche, les neveux excluront les nieces; parce que c'est *ex propriâ personâ*, c'est de leur chef que ces neveux & nieces subdivisent; c'est donc le propre sexe de chacun d'eux qui doit être considéré, & comme c'est un principe que nous avons déjà vu ailleurs, que les mêmes régles qui ont lieu pour le partage principal d'une Succession, ont lieu pour la subdivision; de même que, dans le partage principal d'une Succession collatérale, les mâles excluent les femelles, pareillement dans la subdivision, les neveux doivent, par la prérogative de leur sexe, exclure les nieces. C'est ce qui a été jugé par l'Arrêt de 1717, pour la Succession du Président Forget, en faveur de M. du Faultray, & depuis la question s'étant renouvellée, si cette régle devoit avoir lieu dans la subdivision du lot échu à la représentation d'une sœur, elle y a pareillement été jugée en faveur des mâles de cette souche, par l'Arrêt des Duhamel de 1649.

Lebrun apporte à cette décision un tempérament qui me paroît fort équitable, qui est que, s'il est échu au lot de cette souche beaucoup plus de fiefs qu'elle n'en amandoit, & en conséquence moins de biens ordinaires, les nieces doivent être récompensées de ce qu'elles auroient dû avoir dans les biens ordinaires. Par exemple, je suppose qu'il y eût dans une Succession pour 40000 liv. de biens ordinaires, & pour autant de biens féodaux, & qu'ayant été partagés entre un frere survivant, & la représentation d'un autre frere prédécédé, il soit échu au lot de cette représentation un fief de 30000 liv., & en conséquence pour 8000 liv. seulement de biens ordinaires, les nieces doivent être récompensées de la part qu'elles auroient dans les 12000 liv. qui manquent des 20000 liv. à laquelle montoit la moitié due à la représentation dans les biens ordinaires.

Contrà, vice versâ. Sil est échu dans ce lot moins de fiefs que ce lot n'en amandoit, & plus de biens ordinaires, il est également juste d'en récompenser les neveux.

Les parens collatéraux n'ont ce droit d'exclure les femelle de la Succession des fiefs, que lorsqu'ils sont en égal degré avec elles; car les Coutumes disent *en pareil degré.*

Suffit-il qu'ils soient en égal degré, au moins par le secours de la représentation, quoiqu'ils n'y soient pas de leur chef? Les Coutumes de Paris & d'Orléans ont décidé pour la négative, en décidant que le neveu, fils d'un frere, n'exclud pas la sœur du défunt dans les fiefs. Nous avons traité la question pour les autres Coutumes dans l'article de la représentation, où nous renvoyons.

Le parent mâle, conjoint d'un seul côté dans les degrés, où, selon la Coutume du lieu, la prérogative du double lien a lieu, exclud-il la femelle conjointe de deux côtés? En un mot, lequel doit l'emporter en égal degré, ou de la prérogative de la masculinité, ou de celle du double lien? On dit en faveur des mâles que leur droit, comme plus ancien, doit l'emporter sur la prérogative du double lien; que par l'ancien usage des fiefs, les mâles seuls y succédoient, à l'exclusion des filles, quoiqu'en degré plus proche; les filles étant alors inhabiles à les posséder & à y succéder; que les filles ont été admises depuis à cette Succession, mais à la charge de la préférence des mâles, lorsqu'ils seroient en égal degré; qu'ils doivent être conservés dans cette préférence, *tant qu'ils sont en égal degré;* que la duplicité du lien qu'ont les filles par-dessus eux, n'empêche pas qu'ils ne soient en égal degré; & par conséquent, ne doit pas empêcher que leur droit de préférence ne leur soit conservé. Au contraire, on dit en faveur de la fille qui a le double lien, que la Coutume a deux principes qui se croisent, celui qui donne la préférence au mâle sur la femelle en égal degré, & celui qui donne la préférence au parent, conjoint des deux côtés, sur celui qui ne l'est que d'un côté; que dans le cas dans lequel ces deux principes se croisent, l'un des parens ayant la prérogative de la masculinité, & l'autre celle du double lien, il faut donner l'avantage à celle des deux prérogatives qui est la plus grande, & qui mérite le plus de considération en matiere de Suc-

cession. Or, il paroît qu'en matiere de Succession, la prérogative du double lien est une plus grande prérogative que celle de la masculinité; car la prérogative du double lien est fondée dans la parenté même, laquelle se trouve plus grande & forme une union plus étroite, lorsqu'elle est du double lien, que lorsqu'elle est du simple lien. Or, une prérogative fondée sur la qualité de la parenté même, qui est ce qu'on doit considérer principalement dans les Successions, puisque ce n'est qu'à titre de parent qu'on succéde, est une prérogative incomparablement plus considérable en cette matiere, que la prérogative de la masculinité, qui n'est fondée que sur le sexe & sur des vestiges d'un ancien droit des fiefs qui est aboli; la prérogative du double lien doit donc l'emporter. On peut ajouter qu'il paroît que notre Coutume fait plus d'attention à la prérogative du double lien, qu'à celle de la masculinité; car elle ne veut pas que celle de masculinité passe aux représentans, au lieu que celle du double lien y passe; enfin la question a été jugée dans notre Coutume, en faveur de la sœur du double lien, contre le frere, par l'Arrêt des Saint-Memin, rapporté par Levert, Lalande, & par tous les Auteurs. Quand même les raisons alléguées pour la derniere opinion ne paroîtroient pas entiérement décisives, celles proposées pour la premiere opinion ne l'étant pas davantage, c'est le cas de s'en tenir à l'Arrêt.

Il reste à observer que c'est fort mal à propos que Guiné prétend que le terme de notre Coutume est contraire à l'Arrêt; & que par ces mots qui sont à la fin de notre article 330, *fors & excepté, qu'en fief le mâle exclud la femelle en pareil degré*, notre Coutume a expressément conservé aux mâles leur droit de préférence pour les fiefs, sur les femelles qui auroient l'avantage du double lien; ce n'est point du tout le sens du texte; la Coutume, à la fin de cet article, parle de la Succession des propres, à l'égard de laquelle elle décide que la prérogative du double lien n'y est pas considérée, mais bien celle de la masculinité, c'est ce qu'elle veut dire par ces mots; *fors, & excepté, &c.*

ARTICLE IV.

De la Succession des Propres.

Nous avons vu amplement au Traité de la Division des choses, quelles étoient les choses qui étoient propres en matiere de Succession.

Les Coutumes sont différentes sur la Succession des propres. Il y en a qui remontent jusqu'à l'origine du propre; c'est-à-dire, jusqu'à celui de la famille qui, le premier, l'a acquis & mis en la famille; & ces Coutumes qui remontent jusqu'à cette origine, se subdivisent en deux classes. La premiere est de celles qu'on appelle *soucheres*, telle qu'est, par exemple, la Coutume de Touraine. Ces Coutumes affectent ces propres aux seuls descendans de ce premier acquéreur qui les a mis dans la famille : la seconde classe est de celles qui affectent le propre à toute la parenté de

ce premier acquéreur, qui a mis l'héritage dans la famille, & non pas seulement à ses descendans; on les appelle Coutumes de côté & ligne; parce que dans ces Coutumes, pour succéder aux propres, il suffit de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille; il n'est pas nécessaire d'en être descendu.

Il y a d'autres Coutumes qui ne remontent point jusqu'à l'origine du propre, mais adjugent indistinctement à tous les parens paternels les héritages qui sont avenus au défunt de la Succession de son pere, ou de quelqu'un de ses parens paternels, & adjugent à tous les parens indistinctement ceux qui sont avenus au défunt de la Succèssion de sa mere, ou de quelqu'un de ses parens maternels, suivant cette régle, *paterna paternis, materna maternis*.

Enfin, il y a des Coutumes qui ne se sont point expliquées sur la Succession des propres.

On demande quelle disposition on doit suivre dans ces Coutumes? Il sembleroit d'abord que la qualité de propre ne devroit point, dans ces Coutumes, être considérée dans les Successions, & que le plus prochain parent du défunt, quoique d'une autre famille que celle dont héritage est venu au défunt, devroit y succéder, comme étant l'héritier de droit commun qui succéde à toutes les choses qu'aucune Loi n'a attribuées à d'autres. Néanmoins comme l'esprit général de tout le Pays Coutumier est de conserver les héritages propres aux familles d'où ils sont venus au défunt, on a jugé que même dans les Coutumes qui ne s'en étoient point expliquées, la Succession des propres devoit être déférée aux parens de la famille d'où ils étoient venus, à l'exclusion de ceux qui n'en étoient pas. Il y en a un Arrêt de Réglement pour la Coutume de Chaumont en Bassigny, rapporté par Gousset sur cette Coutume, lequel adjugea un propre de ligne dans cette Coutume à des cousins maternels, préférablement au pere du défunt.

Dans les Coutumes qui ne s'en expliquent point, doit-on remonter jusqu'à l'origine d'où procéde le propre, ou s'en tenir à la simple régle, *paterna paternis, materna maternis?* La raison de douter est que les Coutumes qui remontent jusqu'à l'origine, & qui requierent que, pour succéder aux propres, on touche au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, forment le plus grand nombre des Coutumes, & semblent par conséquent former le droit Commun qui doit servir de régle dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas; néanmoins il a été décidé, par les Arrêts rapportés par Louet, let. P, n. 28, qu'on devoit s'en tenir dans ces Coutumes à la régle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter plus haut. Cette régle, pour la Succession des propres, étant la plus simple, & par conséquent préférable dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Dans les Coutumes qui observent la régle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter à l'origine du propre, si un héritage est avenu au défunt, *de cujus bonis agitur*, de la Succession de son frere germain, lequel l'avoit eu lui-même du pere commun, les parens paternels excluent-ils la mere & les parens maternels? La raison de douter est que

les parens maternels sont également comme les parens paternels, parens du frere germain, de la Succession duquel l'héritage est venu au défunt, *de cujus bonis agitur,* ce qui semble devoir suffire dans ces Coutumes qui ne remontent pas jusqu'à l'origine du propre. Je pense néanmoins que les parens paternels doivent être préférés. Lorsqu'on dit que, dans ces Coutumes, on ne remonte pas jusqu'à l'origine du propre, cela signifie seulement qu'on ne remonte pas à une origine plus éloignée que celle du pere ou de la mere du défunt, *de cujus bonis agitur;* mais on doit remonter au moins jusqu'à ces personnes; & par conséquent dans l'espece présente, les parens paternels doivent exclure les maternels dans la Succession du propre qui est venu au défunt, sinon immédiatement, au moins médiatement de son pere; & par conséquent, c'est un propre paternel.

Dans les Coutumes, telles que sont celles de Paris & d'Orléans, qui remontent jusqu'au premier acquéreur du propre qui l'a mis en la famille, il faut, comme nous l'avons dit, toucher de parenté, au moins collatérale, le premier acquéreur, pour pouvoir succéder à ce propre; mais entre tous les parens du défunt qui touchent de parenté le premier acquéreur, ce sont ceux qui sont au plus prochain degré de parenté qui succédent à ce propre, à l'exclusion de ceux qui sont en degré plus éloigné, on ne considere point la proximité du dégré avec ce premier acquéreur, dont il suffit d'être parent à quelque degré que ce soit, mais seulement la proximité du degré avec le défunt : c'est pourquoi un neveu du défunt succedera, concurremment avec l'oncle du défunt, à un propre avitin mis dans la famille par l'aïeul du défunt, quoique l'oncle touche de plus près le premier acquéreur, dont il est le fils, que ne le touche le neveu, qui n'en est que l'arriere-petit-fils; car la proximité n'est point considérée par rapport au premier acquéreur, mais par rapport au défunt, *de cujus bonis agitur,* avec lequel l'oncle & le neveu sont en parité de degré. Il suffit, au surplus, que l'oncle & le neveu touchent de parenté l'aïeul qui a mis l'héritage en la famille, quoiqu'ils le touchent en degré inégal.

Il faut observer, comme nous l'avons déjà fait en passant, en la Section précédente, que, quoique dans ces Coutumes-ci qui ne sont point soucheres, il suffise de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille; néanmoins entre parens qui sont en égal degré avec le défunt, *de cujus bonis agitur,* ceux qui sont descendus de ce premier acquéreur, sont préférés à ceux qui ne le touchent que de parenté collatérale : suivant ce principe, le neveu du défunt succéde à un propre naissant paternel, préférablement à l'oncle paternel du défunt, parce que ce neveu descend du pere qui a mis l'héritage en la famille; au lieu que l'oncle du défunt ne le touche que de parenté collatérale, étant son frere. Par la même raison, suivant l'art. 315 de Paris, le frere du défunt exclud, dans la Succession du propre naissant paternel du défunt, l'aïeul paternel du défunt; & c'est de cet article qu'on a tiré, par conséquence, cette maxime sur laquelle il paroît que la disposition de l'article est fondée.

Observez encore que, dans les Coutumes qui remontent jusqu'à celui qui a mis l'héritage en la famille, si le propre y est depuis si long-temps qu'on

qu'on ne connoisse pas celui qui l'y a mis, en ce cas, le plus ancien des ancêtres, qui est connu pour l'avoir possédé, est réputé celui qui l'a mis en la famille ; & c'est de cette personne d'où il faudra être descendu, pour pouvoir y succéder si la Coutume est souchere, ou qu'il faudra toucher, au moins de parenté collatérale, si la Coutume est *de côté & ligne.*

Lorsqu'il ne reste aucun parent de la ligne d'où le propre procéde, les parens de l'autre ligne peuvent-ils y succéder ? Par exemple, si le défunt n'a aucuns parens paternels, ses parens maternels pourront-ils succéder à ses propres paternels, *& vice versâ ?* Les partisans du fisc avoient autrefois prétendu qu'ils n'y pouvoient succéder, & que la Succession de ces propres étoit, en ce cas, dévolue au fisc. Cette erreur avoit prévalu pendant un temps, & il y en a même des vestiges en quelques Coutumes ; mais enfin on a abandonné ce systême. La raison qui doit faire admettre à cette Succession les parens de l'autre ligne est sensible. Le plus proche parent du défunt est, de droit commun, l'héritier de tous ses biens ; s'il est exclus de la Succession des biens qui ne sont pas de sa ligne, ce n'est que parce que la Loi municipale les affecte aux parens de la ligne d'où ces propres procédent ; la faveur de cette famille est la seule cause de l'exclusion des plus proches parens qui sont d'une autre famille ; d'où il suit que, lorsque cette cause d'exclusion cesse, (ce qui arrive lorsqu'il ne reste plus personne de la famille, en faveur de laquelle le plus proche parent, qui est d'une autre famille, est exclus), l'effet de l'exclusion doit cesser, *cessante causâ, cessat effectus,* les choses doivent rentrer dans le droit commun, suivant lequel le plus proche parent succéde à tous les biens du défunt ; en un mot, la Coutume, en appellant à la Succession des propres les parens de la ligne, à l'exclusion des plus proches parens d'une autre famille, établit plutôt une préférence en faveur des parens de la ligne, sur le plus proche parent qui n'en est pas, qu'elle n'établit une exclusion absolue de ce plus proche parent. Il y a néanmoins quelques Coutumes, comme le Maine, article 286, Anjou, Normandie, qui appellent le fisc à défaut de parens de la ligne ; mais dans les autres Coutumes qui n'ont pas de semblables dispositions, les parens d'une autre ligne doivent exclure le fisc. Je crois même que le fisc doit être exclus, même dans les Coutumes dans lesquelles on pourroit induire par conséquence, que ce droit de fisc y auroit été, lors de leur rédaction, supposé comme établi, & qu'il suffit pour l'exclure, qu'il ne soit pas appellé par une disposition formelle.

C'est une autre question dans les Coutumes de côté & ligne, telles que celles de Paris & d'Orléans, si, à défaut de parens du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, ceux qui sont parens du côté de celui par la Succession duquel l'héritage est avenu au défunt, *de cujus bonis agitur,* doivent être préférés à ceux de l'autre ligne. Par exemple, pour la Succession d'un propre qui procéde du bisaïeul paternel du défunt, ne se trouvant aucuns parens du côté de ce bisaïeul, les cousins paternels seront-ils préférés à la mere du défunt, ou aux freres utérins du défunt,

ſuivant la regle ; *paterna paternis ?* Non : la Succeſſion des propres eſt une exception au droit commun, & à la regle générale qui attribue la Succeſſion aux plus proches parens, les Loix municipales de Paris & d'Orléans, & autres ſemblables, font cette exception en faveur de la famille de celui qui a mis le premier l'héritage en la famille ; tous ceux qui ne ſont point de cette famille n'étant point compris dans l'exception, ne peuvent diſputer la Succeſſion au plus proche parent, à qui la regle générale la défére. Quant à la regle *paterna paternis*, la réponſe eſt que cette regle a été plus ou moins limitée, par les différentes Coutumes ; il y en a qui appellent tous les parens paternels à la Succeſſion d'un propre paternel ; d'autres, telles que celle de Paris & la nôtre, qui n'appellent que les parens paternels de la famille particuliere du premier acquéreur d'où procede le propre. Cette opinion me paroît plus conforme aux principes, elle eſt auſſi la plus commune, & autoriſée par les Arrêts. Je ſais que *Lemaître*, qui eſt d'avis contraire, rapporte un Arrêt pour ſon opinion ; mais il n'en rapporte qu'un.

La même queſtion peut avoir lieu dans les Coutumes ſoucheres ; on doit ſuivant notre principe, décider qu'à défaut de parens deſcendus du premier acquéreur, c'eſt le plus proche parent du défunt qui ſuccéde.

CHAPITRE III.

De l'ouverture des Succeſſions ; comme elles s'acquierent, & de la regle le mort ſaiſit le vif ; *comment elles s'acceptent, & comment elles ſe répudient ; du temps accordé à l'héritier pour délibérer.*

SECTION PREMIERE.

De l'ouverture des Succeſſions.

IL n'eſt pas douteux qu'il y a ouverture à la Succeſſion d'une perſonne par ſa mort naturelle. La Succeſſion d'un abſent eſt auſſi préſumée ouverte au bout d'un certain temps, lorſqu'on n'a point eu de ſes nouvelles. Il arrive quelquefois qu'il y a ouverture à la Succeſſion d'une perſonne, même auparavant ſa mort naturelle ; ſavoir par ſa profeſſion religieuſe, ou par ſa condamnation à une peine capitale, lorſqu'elle laiſſe des biens ſitués dans une province où le droit de confiſcation n'a pas lieu. Nous parlerons de ces différentes manieres en trois paragraphes différens, après avoir obſervé auparavant qu'il y a un cas ſingulier, auquel il peut y avoir lieu deux fois à l'ouverture de la Succeſſion d'une même perſonne. C'eſt

lorsqu'un Religieux est devenu Evêque ; car il y a ouverture, une premiere fois, à sa Succession par sa Profession religieuse, tous les droits actifs & passifs, & les biens qu'il avoit alors, passent à ses parens qui étoient alors habiles à lui succéder ; &, comme par l'Episcopat il est rendu à la vie civile, il y a de nouveau, par sa mort naturelle, ouverture à sa Succession ; & tous les droits & biens qu'il a acquis, & les obligations qu'il a contractées depuis qu'il a été promû à l'Episcopat, passent à ses parens qui sont pour lors habiles à lui succéder.

§. I.

De l'ouverture de la Succession d'une personne par sa mort naturelle ; & quand est présumée ouverte celle d'un absent dont on n'a point de nouvelle.

Il ne peut y avoir lieu à aucune question sur ce sujet, par rapport à l'ouverture que la mort naturelle d'une personne, fait de sa Succession, lorsque le temps de sa mort est certain & connu. Mais c'est une question difficile à décider, de quand doit être présumée ouverte la Succession d'une personne dont on ne sait ni la vie, ni la mort. L'opinion la plus probable est de réputer sa Succession ouverte du jour de la derniere nouvelle qu'on a eue de lui ; ce n'est pas qu'il y ait lieu de présumer qu'il est mort dès ce temps, plutôt que dans un autre temps ; mais c'est que n'y ayant aucune raison d'assigner sa mort à un temps, plutôt qu'à un autre, & étant néanmoins nécessaire de fixer le temps de l'ouverture de sa Succession, on ne peut mieux le fixer qu'au temps où on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; parce que, s'il n'est pas effectivement mort dès ce temps, il l'est au moins équipollement par rapport à la société des hommes ; car par rapport à la société, c'est à peu près la même chose qu'un homme n'existe point, ou qu'on n'ait aucune connoissance de son existence.

On n'admet pas néanmoins les parens d'un absent à se mettre en possession de ses biens, aussi-tôt qu'on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; on attend pour cela un temps assez considérable, sur-tout lorsqu'il a laissé procuration à quelqu'un pour administrer ses affaires. Ce temps est différemment réglé par quelques Coutumes. Dans celles qui n'en ont point de disposition, on le fixe ordinairement à dix ans ; mais lorsque ce temps s'est écoulé depuis la derniere nouvelle, sa Succession est présumée ouverte dès le temps de la derniere nouvelle ; & on admet à la partager provisionnellement, non pas ceux précisément qui se trouvent pour lors habiles à lui succéder, mais ceux qui l'étoient dans ce temps, ou ceux qui ont succédé à ces personnes.

Lorsqu'une personne a cessé de paroître après un combat où elle étoit, il n'y a aucun doute que sa Succession doit être censée ouverte du jour de ce combat, y ayant tout lieu de présumer qu'elle y a été tuée ; & il n'est pas,

en ce cas, nécessaire d'attendre un temps si considérable pour mettre les parens de cette personne en possession de ses biens.

Au reste, dans ce cas comme dans le précédent, & toutes les fois qu'il n'y a pas des preuves certaines & juridiques de la mort d'une personne, ses parens ne doivent pas se mettre, de leur autorité privée, en possession de ses biens; mais ils doivent s'en faire mettre en possession par le Juge du lieu du dernier domicile de la personne, & faire leurs soumissions de restituer les biens à la personne, si elle reparoît; car tant qu'on n'a point de preuves certaines & juridiques de la mort d'une personne, il n'y a point d'ouverture certaine de sa Succession, mais seulement une ouverture présumée; & si, par la suite, la personne dont on a partagé les biens comme d'une personne morte, vient à reparoître, ou à donner de ses nouvelles, sa Succession sera réputée n'avoir jamais été ouverte, & ses biens devront être restitués, où à cette personne, si elle reparoît, ou à ceux qui se trouveront habiles à lui succéder, lors des dernieres nouvelles qu'on aura eues, d'elle depuis qu'on l'avoit crue morte, & qu'on avoit partagé ses biens.

Il y a lieu à une autre espece de question. Lorsque deux personnes, dont l'une est héritiere de l'autre, sont mortes à peu près en même-temps & qu'on ignore laquelle des deux est morte la premiere, il est très-intéressant de savoir laquelle des deux sera censée morte la premiere, & avoir donné par sa mort ouverture à sa Succession. Supposons, par exemple, qu'un pere est mort avec son fils dans un naufrage, dans un combat, dans un incendie; il est très-important de savoir lequel est mort le premier; car si le fils est mort le premier, la moitié des meubles passe, par la mort du pere, aux héritiers du mari; si, au contraire, il est mort le dernier, il aura succédé à ces meubles, à son pere, ils se trouveront dans sa Succession, & sa mere, comme héritiere de son fils au mobilier, y succédera.

Ces questions se décident par des présomptions qui résultent des circonstances. Dans un combat, celui qui étoit dans l'avant-garde doit être présumé tué avant celui qui étoit dans l'arriere-garde; dans un incendie, celui qui étoit dans l'appartement par où le feu a pris, doit être présumé mort avant celui qui étoit dans un appartement plus éloigné : si le pere & le fils étoient dans le même appartement, ou s'ils sont péris dans un naufrage, le fils, pubere à cause de l'ordre de la nature, & comme étant dans un âge plus vigoureux, sera présumé avoir survécu son pere. L. 9, §. 1 & 4. L. 22, ff. *de reb. dubiis*; au contraire, le fils, impubere à cause de la foiblesse de son âge, sera censé avoir résisté moins long-temps, & être mort le premier. D. L. 9, §. 4 & L. 23, ff. cod. tit.

Dans le massacre de la femme de Bobé, qui étoit la fille de Dumoulin, on jugea que la mere devoit avoir été massacrée avant ses enfans, dont l'un avoit huit ans, & l'autre vingt-deux mois, parce que les voleurs avoient intérêt de se défaire d'abord de la mere.

§. II.

De l'ouverture de la Succession d'une personne par sa profession religieuse.

La profession religieuse que fait une personne lui faisant perdre la vie civile, donne ouverture à sa Succession.

Il faut pour cela que la profession religieuse soit accompagnée de toutes les conditions nécessaires pour la rendre valable; savoir, qu'elle ait été faite dans un Ordre approuvé, après une année entiere de noviciat, à compter du jour de la prise d'habit, à l'âge de vingt-un ans accomplis pour les hommes, & dix-huit pour les filles, qu'elle ait été faite publiquement, & qu'elle soit constatée par un acte en la forme prescrite par l'Ordonnance; enfin, qu'elle ait été faite sans contrainte.

Au reste, des parens qui auroient intérêt que la Succession n'eût pas été ouverte dès le temps de la profession, ne seroient pas recevables à alléguer la contrainte, si celui qui fait profession étoit mort sans réclamer.

La Succession d'un Jésuite, comme celle des autres Religieux, est ouverte par la profession qu'il fait après le noviciat, quoiqu'il puisse être congédié de la Société, & retourner au siecle.

Il est vrai que l'ouverture de sa Succession dépend de la condition de sa persévérance en la Société; & que, s'il est congédié avant l'âge de trente-trois ans, sa Succession sera censée n'avoir point été ouverte, & ses biens lui devront être rendus, sans néanmoins aucune restitution des fruits; mais s'il y reste jusqu'à trente-trois ans, sa Succession sera réputée avoir été ouverte dès le temps de ses premiers vœux.

§. III.

De l'ouverture de la Succession par la condamnation à une peine capitale.

Dans les Provinces telles que les nôtres, où la confiscation a lieu, le condamné à peine capitale, devient, par la condamnation, incapable de transmettre sa Succession, & d'avoir des héritiers : c'est pourquoi on ne peut pas dire que sa condamnation donne ouverture à sa Succession.

Mais comme il y a des Provinces dans le Royaume où le droit de confiscation n'a pas lieu si ce n'est en cas de crime de lèse-Majesté, telles que la Guienne, le Berry, l'Anjou, le Maine. Si un condamné à peine capitale a des biens situés dans ces Provinces, la condamnation à une peine capitale, qui est celle de mort, des galeres à perpétuité, ou du bannissement pour toujours hors le Royaume, donne ouverture à sa Succession pour lesdits biens.

Il n'est pas douteux que la condamnation à peine capitale, lorsqu'elle est contenue dans un Arrêt ou Jugement en dernier ressort contradictoire, donne ouverture à cette Succession du jour de la date du Jugement.

Si le Jugement n'étoit pas en dernier ressort, l'effet est en suspens jusqu'à la confirmation; s'il est infirmé, ou que le condamné soit mort pendant l'appel, le Jugement n'aura point donné ouverture à sa Succession; mais s'il est confirmé, la Succession du condamné sera réputée ouverte du jour du Jugement, & non pas seulement du jour de l'Arrêt; car c'est du jour du Jugement qu'il a encouru la mort civile, suivant que nous l'avons vu Chapitre premier.

Si le Jugement est par contumace, & que le condamné meure après les cinq ans sans s'être représenté, comme, en ce cas, il est censé avoir perdu la vie civile du jour de l'exécution de la Sentence par contumace, sa Succession sera censée ouverte dès ce jour.

Que s'il est mort dans les cinq ans sans s'être représenté, ou qu'il se soit représenté, ou ait été constitué prisonnier, même après les cinq ans, la condamnation étant, en ce cas, anéantie, sa Succession ne sera ouverte que par sa mort naturelle, ou par une nouvelle condamnation qui interviendroit.

SECTION II.

Comment s'acquierent les Successions? & de la regle le mort saisit le vif.

Suivant le Droit Romain, la Succession qui étoit déférée à un héritier, ne lui étoit pas acquise jusqu'à ce qu'il l'eût acceptée, à moins qu'il ne fût de ces héritiers qu'on appelle *nécessaires*.

Au contraire, suivant notre Droit François, une Succession est acquise à l'héritier que la Loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déférée, & avant qu'il en ait encore la moindre connoissance; c'est-à-dire, dès l'instant de la mort naturelle ou civile du défunt qui a donné ouverture à sa Succession.

C'est ce que signifie cette regle de notre Droit François, qui est en la Coutume de Paris, article 318, & en la nôtre, article 301, *le mort saisit le vif, son hoir plus proche & habile à lui succéder.*

Cette regle a lieu dans toutes les Provinces du Royaume, & quoiqu'elle soit diamétralement opposée aux principes du Droit Romain, elle ne laisse pas d'être suivie dans les Provinces du Royaume, régies par le Droit Romain.

Elle a lieu à l'égard des héritiers testamentaires en pays de Droit Ecrit, & dans les Coutumes qui les admettent, aussi-bien qu'à l'égard des héritiers légitimes.

Il n'en est pas de même des légataires universels, quoiqu'ils soient en quelque chose *hæredis loco*, ils ne sont point saisis, ils doivent demander

à l'héritier la délivrance de leur legs. Lebrun dit que l'héritier présomptif qui renonce à la Succession pour se tenir à son legs, est saisi des choses qui lui sont léguées ; cela ne me paroît pas véritable.

Le sens de cette regle est ; *le mort*, c'est-à-dire, celui de la Succession duquel il s'agit, dès l'instant de sa mort naturelle ou civile, qui est le dernier instant de sa vie. *Saisit ;* c'est-à-dire, est censé mettre en possession de tous ses droits & biens le vif. *Son hoir plus proche ;* c'est-à-dire, celui qui lui survit, & qui, comme son plus proche parent, est appellé à être son héritier.

L'article ajoute, *habile à lui succéder*, ce qui se sous-entendroit assez, quand cela n'auroit pas été ajouté ; car il est très-évident qu'il n'y a que ceux qui sont habiles à succéder ; c'est-à-dire, capables de succéder, qui puissent être saisis des droits & biens de la Succession. Sur ceux qui sont habiles ou non à succéder, voyez ci-dessus.

L'héritier est censé saisi de cette maniere, non-seulement de sa part en la Succession qui lui est déférée de son chef, mais même de celles qui lui accroissent par les renonciations de ses cohéritiers, appellés comme lui à la Succession du défunt. Pour cela, la Loi donne à ces renonciations un effet rétroactif au temps de l'ouverture de la Succession, ces renonçans sont censés avoir renoncé à la Succession dès l'instant de son ouverture ; & le défunt est censé, sur leur refus, ne les avoir point saisis des portions que la Loi leur déféroit, & en avoir, dès cet instant, saisi immédiatement leurs cohéritiers, à qui ces portions accroissent.

Lorsque tous les héritiers qui étoient dans le degré le plus proche, renoncent à la succession, & qu'elle est acceptée par les parens du degré suivant, on donne pareillement un effet rétroactif à leur renonciation, & le défunt est censé, dès l'instant de l'ouverture de la Succession, sur le refus de ses héritiers du plus prochain degré, avoir saisi directement & immédiatement de tous les droits & biens de la Succession, ceux du degré suivant.

Pareillement, lorsqu'un parent plus éloigné, en se portant héritier pur & simple, exclud, suivant le droit que la Loi lui en accorde, ainsi que nous le verrons ci-après, un héritier bénéficiaire plus proche en degré qui n'a pas voulu renoncer au bénéfice d'inventaire, ce parent plus éloigné est censé avoir été seul saisi, dès l'instant de l'ouverture de la Succession, de tous les droits & biens de la Succession, l'héritier bénéficiaire qui est par lui exclus, est censé ne l'avoir jamais été, & si de fait il avoit été en possession des effets de la Succession il est censé en avoir été en possession de la même maniere qu'une personne qui s'en seroit mise en possession sans être héritiere.

Cette saisine de l'héritier est une pure fiction de la Loi *Commentum nostri Juris civilis*, le mort est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il n'ait & qu'il n'ait pu avoir aucune volonté de le faire, comme dans le cas de la Succession d'un enfant ou d'un insensé.

Il y a plus, il est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il ait eu une volonté contraire. Par exemple, si un pere a exhérédé injustement son

fils, & qu'après sa mort le juge ait cassé l'exhérédation, la regle, *le mort saisit le vif*, ne laissera pas d'avoir lieu, le pere ne laissera pas d'être censé avoir saisi son fils de ses droits & biens, quoiqu'il ait eu une volonté contraire, puisque sa volonté étoit de l'en dépouiller, la Loi fait pour lui, en ce cas malgré lui, ce qu'il auroit dû faire. *Calumniantis iniquitates expellit. Arg. procem. Inst.*

C'est pour cela que la Coutume de Poitou, art. 273, dit : l'on ne peut faire par testament ou legs, quelque peine qui y soit apposée, que l'héritier ne soit saisi des choses que le défunt tenoit au temps de son trépas. Cette disposition n'est pas particuliere à la Coutume de Poitou, mais c'est une déclaration de la regle générale, *le mort saisit le vif*, qui doit être suivie par-tout.

Il n'est pas besoin non plus pour cette saisine aucune volonté de la part de l'héritier qui est saisi, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas de sa part une volonté contraire.

C'est pourquoi il est réputé saisi dès l'instant de la mort du défunt, quoiqu'il n'ait encore aucune connoissance de la mort, ni que par conséquent il puisse avoir aucune volonté d'accepter une Succession qu'il ne sait point encore lui être déférée, car la volonté suppose une connoissance de ce qu'on veut.

Par la même raison un enfant, un insensé qui se trouve en dégré de succéder à son parent, est saisi de sa Succession, quoiqu'il ne soit pas capable d'avoir la volonté de l'être, *cum furiosi & infantis nulla sit voluntas.*

L'héritier peut bien acquérir la Succession *ignorans ;* mais il ne peut pas l'acquérir *invitus ;* sa volonté n'est pas nécessaire pour cette saisine ; mais sa volonté contraire l'empêche ; c'est ce que signifie cette autre maxime de Droit François qui se trouve dans la Coutume de Paris art. 316, & dans la nôtre, art. 335, *il ne se porte héritier qui ne veut.* Cette regle est commune à tous les héritiers de la ligne directe aussi-bien que de la collatérale, & nous ne connoissons aucuns héritiers nécessaires comme il y en avoit chez les Romains.

La saisine de l'héritier établie par la regle *le mort saisit le vif*, est donc en suspens, jusqu'à ce que l'héritier se soit décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la Succession. S'il l'accepte, la saisine a son effet ; il est réputé saisi de la Succession dès l'instant de la mort du défunt ; s'il la répudie, il est réputé ne l'avoir jamais été. Au reste, cette saisine a cet effet, que si l'héritier meurt avant que de s'être décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la Succession, ou même avant que d'avoir une connoissance qu'elle lui fût déférée, il transmet, parmi les biens, à ses héritiers, cette Succession, dont il est réputé avoir été saisi dès l'instant de la mort du défunt.

Mais il la leur transmet avec la même faculté qu'il auroit eue lui-même de la répudier ; & si ses héritiers jugent à propos de son chef, & comme ses héritiers, de la répudier, il sera réputé n'en avoir jamais été saisi.

Il y a plus, quand même le parent d'un degré éloigné, qui ne pouvoit être rappellé à la Succession du défunt, que par la répudiation de l'héritier

ritier

ritier en degré plus proche, seroit mort avant cette répudiation; si l'héritier en degré plus proche vient par la suite à répudier la Succession, ce parent, en degré plus éloigné, étant censé en avoir été saisi sur le refus du plus proche, dès l'instant de la mort du défunt, comme nous l'avons remarqué ci-dessus, il sera réputé l'avoir transmise à ses héritiers.

Cette saisine consiste en ce que tous les droits du défunt, toutes ses obligations, dès l'instant de sa mort, passent de sa personne en celle de ses héritiers, qui deviennent en conséquence, dès cet instant, chacun pour la part dont ils sont héritiers, sans qu'il intervienne rien de leur part, propriétaires de toutes les choses dont le défunt étoit propriétaire, créanciers de tout ce dont il étoit créancier, débiteurs de tout ce dont il étoit débiteur, ont, dès cet instant, le droit d'intenter toutes les actions que le défunt auroit eu droit d'intenter, & sont sujets à toutes celles auxquelles le défunt auroit été sujet.

Il y a plus, (ce qui est bien contraire aux principes du Droit Romain, & aux idées naturelles) la possession qu'avoit le défunt des choses de la Succession, quoique la possession soit une chose de fait, est, par cette regle, réputée passer à l'héritier, sans aucune appréhension de fait, de sa part; il est réputé possesseur des mêmes choses que le défunt possédoit lors de sa mort, & de la même maniere que l'étoit le défunt, quoique de fait cet héritier ne les ait jamais possédées; & il peut, en cette qualité de possesseur, former l'action en complainte contre tous ceux qui se seroient mis en possession de quelques effets de la Succession, soit du vivant du défunt, soit depuis sa mort, pourvu qu'ils ne l'aient pas encore acquise par an & jour.

Il est évident que l'héritier ne peut être saisi de la possession des choses que le défunt ne possédoit pas; car le défunt n'a pas pu le saisir de ce dont il n'étoit pas saisi lui-même, on ne peut pas transférer à un autre ce qu'on n'a pas; mais si le défunt ne lui transmet pas la possession de ces choses, il lui transmet toutes les actions qu'il avoit droit d'intenter par rapport à ces choses, & l'héritier peut les exercer comme le défunt l'auroit pu.

L'héritier n'est point saisi non plus des choses que le défunt possédoit en vertu de quelque droit qui s'éteint par sa mort. Par exemple, l'héritier du mari, n'est point saisi des propres de la femme quoique le défunt en fût en possession; l'héritier n'est point pareillement saisi d'une chose dont le défunt jouissoit en usufruit, le propriétaire qui trouve son héritage vacant par la mort de l'usufruitier, peut s'en mettre, de sa propre autorité, en possession, & l'héritier de l'usufruitier n'a aucun droit de s'y mettre; pareillement si le défunt étoit en possession précaire d'une chose, cette espece de possession ne passe pas à son héritier.



SECTION III.

De l'acceptation des Successions.

Accepter une Succession n'est autre chose que témoigner la volonté que nous avons d'être héritiers d'un défunt dont la Succession nous est déférée.

Tout témoignage de cette volonté, de quelque espece qu'il soit, est une acceptation de Succession.

Elle est pure & simple lorsque l'héritier a témoigné sa volonté d'être héritier sans avoir recours au bénéfice d'inventaire. Lorsqu'il y a eu recours, l'acceptation est appellée sous bénéfice d'inventaire.

Nous parlerons dans un premier article, de l'acceptation pure & simple; dans un second, de celle sous bénéfice d'inventaire.

ARTICLE PREMIER.

De l'acceptation pure & simple.

§. I.

Comment accepte-t-on une Succession?

On peut accepter une Succession *aut verbo, aut facto. Verbo*, c'est-à-dire, en prenant la qualité d'héritier dans quelqu'acte, soit pardevant Notaire, soit sous seing-privé. La qualité d'héritier, prise dans un exploit, ou dans un acte de Procureur, est aussi une acceptation de Succession, à moins que celui à qui on l'a donnée ne désavoue le Sergent ou le Procureur qui la lui a donnée.

On accepte une Succession *facto*, lorsqu'on fait quelque chose qui suppose nécessairement, dans celui qui le fait, la volonté d'être héritier. *Pro hærede gerere videtur qui aliquid facit quasi hæres. L. 20, ff. de acq. hæred.*

C'est pourquoi l'article 336 d'Orléans dit : *Si aucun étant en degré de succéder prend & appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens, il fait acte d'héritier.*

Toute appréhension des biens de la Succession, ne renferme pas pourtant toujours la volonté d'être héritier, & n'est pas, par conséquent, toujours un acte d'héritier; il faut examiner dans quel esprit il le fait; s'il se met en possession de quelques héritages de la Succession, ou même de quelques effets mobiliers qu'il fait dépendre de la Succession, comme des choses à lui appartenantes; s'il les vend, s'il les donne; s'il vend les bois; s'il change la forme des édifices; s'il nomme aux Offices de la

Justice; s'il reçoit en foi les vassaux, il n'est pas douteux qu'en tous ces cas, il fait acte d'héritier; car tous ces faits supposent qu'il se répute propriétaire de ces choses, & par conséquent, héritier du défunt, puisqu'il ne peut se réputer propriétaire des choses qu'il fait dépendre de la Succession, qu'en se réputant héritier.

Cette décision a lieu quand même tels actes seroient accompagnés de protestation qu'il n'entend pas par-là être héritier; car ces protestations sont démenties par la nature de l'acte qu'il fait, il ne peut pas, quelque protestation qu'il fasse qu'il n'est pas héritier, agir en maître absolu des biens de la Succession, vendre les héritages, abattre les bâtimens pour les changer de forme, abattre des futaies, ou ce qu'il fait est plus fort, & l'emporte sur ce qu'il dit. La Coutume de Bourbonnois, art. 325, en a une disposition: *Quand aucun habile à succéder paye créanciers, légats, ou fait autre acte d'héritier, il est réputé héritier, & ne peut plus répudier, quelque protestation qu'il puisse faire au contraire.*

Que si l'héritier appréhende les biens de la Succession, non pour en user & disposer comme maître, mais seulement pour les conserver, il ne fait point acte d'héritier; car quoiqu'il n'ait pas droit ni qualité, comme simplement appellé à la Succession, de disposer des effets de la Succession; il a au moins le droit de veiller à leur conservation par l'intérêt qu'il y a tant qu'il n'est point décidé sur le parti qu'il prendra.

C'est pourquoi, si un héritier présomptif prend les clefs du défunt, s'empare des titres, quoiqu'avant l'inventaire, il n'est point réputé faire acte d'héritier suivant qu'il a été jugé par Arrêt du 7 Juin 1674, au Journal du Palais, *item*, s'il a mis quelque note sur les papiers du défunt, comme il a été jugé au profit d'une niece qui avoit écrit sur une cédule de la Succession, cédule de mon oncle à recouvrer. L'Arrêt est rapporté par Louet, lett. H. Pareillement s'il fait valoir les héritages de la Succession, s'il fait faire des réparations urgentes, s'il fait des baux, s'il vend même certains effets de la Succession qu'il est nécessaire de vendre, soit parce que ce sont des objets périssables, soit parce qu'ils occupent des appartemens qu'il est nécessaire de vider, il ne fait point acte d'héritier.

Il doit, néanmoins, pour vendre les effets de la Succession, ou pour en faire des baux, se faire autoriser par le Juge sur une Requête par laquelle il demandera à faire ces choses pour la conservation des biens de la Succession, aux protestations qu'il fait qu'il n'entend point pour cela prendre qualité d'héritier, *Vide. L.* 20, *pro.* & §. 1°. *ff. de acquir. vel omitt. hæredit.*

Nos Coutumes, en disant que celui qui appréhende les biens de la Succession fait acte d'héritier, ajoutent avec raison, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens*, car s'il a une autre qualité qui lui donnât droit d'appréhender & de disposer des biens de la Succession, il ne fait point acte d'héritier en les appréhendant.

Par exemple, si l'un des héritiers présomptifs, est en même-temps son exécuteur testamentaire, il ne fera point acte d'héritier en faisant vendre

à sa requête les meubles de la Succession, en employant l'argent à payer les dettes, en exigeant ce qui est dû par les débiteurs de la Succession, en faisant des baux, *&c.* car il a une autre qualité pour faire toutes ces choses, que la qualité d'héritier, l'autre qualité qu'il a d'exécuteur testamentaire du défunt lui donne le droit de les faire; on ne peut donc pas conclure de ce qu'il a fait, qu'il a voulu être héritier, puisqu'il a pu le faire dans l'autre qualité qu'il avoit, ce qu'il a fait n'est donc point un acte d'héritier; car, suivant le principe ci-dessus établi, un fait n'est acte d'héritier, que lorsqu'il suppose nécessairement la volonté d'être héritier dans celui qui le fait, & par conséquent, lors seulement qu'il n'a pu être fait dans une autre qualité que dans celle d'héritier.

Que si l'un des héritiers présomptifs du défunt étoit en même temps créancier de sa Succession, ou légataire, il ne laisseroit pas de faire acte d'héritier en se mettant en possession de la chose qui lui étoit léguée ou due, & qui s'est trouvée dans la Succession, car la qualité de créancier ou de légataire ne donne pas le droit au créancier ni au légataire de se mettre, de leur propre autorité, en possession de la chose qui leur est due, mais seulement de la demander à ceux qui la doivent, & de se la faire délivrer par eux; d'où il suit que l'héritier qui s'est mis en possession de la chose qui lui étoit due, n'ayant eu d'autre qualité qui lui en donnât le droit, que la qualité d'héritier, puisque celle de créancier ne le lui donnoit pas, on en doit conclure que c'est en qualité d'héritier qu'il s'en est mis en possession, & par conséquent qu'il a fait en cela acte d'héritier.

C'est sur ce fondement que notre Coutume ajoute..... *& supposé qu'il lui fût dû ou légué aucune chose par le défunt, il le doit demander.... autrement s'il prend lesdits biens ou partie, de son autorité, il fait acte d'héritier.*

Paris dit à peu près la même chose.

Lorsque nos Coutumes disent que celui qui appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, fait acte d'héritier; cela doit s'entendre des effets qui sont connus pour appartenir au défunt, que le défunt possédoit lors de sa mort, comme à lui appartenans, qui passent pour être de sa Succession. Que si un héritier présomptif a disposé d'une chose qu'il croyoit de bonne-foi lui appartenir, & qu'il ignoroit appartenir au défunt, qui n'en étoit point en possession, il n'aura point fait acte d'héritier, quoiqu'il ait disposé d'une chose qui étoit effectivement un effet de la Succession, parce qu'ignorant qu'elle fût de la Succession, la vente ou autre disposition qu'il en a faite, ne renferme point la volonté d'être héritier, puisqu'il n'en a point disposé comme d'une chose qui appartînt à la Succession, & en qualité d'héritier. C'est ce qui est décidé en *la Loi* 87, *ff. de acq. hæred.*

Contrà vice versâ. S'il s'est trouvé parmi les effets de la Succession une chose qui n'appartenoit pas au défunt, l'héritier qui appréhende cette chose, qui en dispose dans l'opinion qu'elle est de la Succession, fait acte d'héritier, quoique cette chose dont il dispose ne soit pas effectivement

de la Succeſſion; car il ſuffit qu'elle paſſe pour être de la Succeſſion, il ne diſpoſeroit pas d'une choſe qu'il croit être de la Succeſſion, s'il ne s'en réputoit propriétaire en qualité d'héritier; ce qu'il fait ſuppoſe donc néceſſairement en lui la volonté d'être héritier, & par conſéquent, eſt un acte d'héritier, & une acceptation de la Succeſſion, ſelon notre principe. C'eſt ce qu'enſeigne Paul, en la Loi 88, ff. de acq. hæred. *Gerit pro hærede, qui animo agnoſcit Succeſſionem, licet nihil attingat hæreditarium. Undè & ſi domum pignori datam, ſicut hæreditariam, retinuit cujus poſſeſſio qualis qualis fuit in hæreditate, pro hærede gerere videtur. Idemque eſt, etſi alienam rem ut hæreditariam poſſediſſet.* Ulpien, en la Loi 21, §. 1. ff. D. Tit. *Interdùm autem animus ſolus obſtringet hæreditati, ut putà ſi re non hæreditariâ quaſi hæres uſus ſit.*

On peut encore, d'autres manieres, faire acte d'héritier, ſans appréhender rien des biens de la Succeſſion.

Par exemple, ſi un héritier paye de ſes deniers une dette de la Succeſſion, s'il acquitte de ſes deniers les legs faits par le teſtament du défunt, ſans avoir autre qualité que celle d'héritier, qui l'engage à acquitter les dettes ou legs, il fait par-là acte d'héritier; car il eſt évident qu'un tel fait ſuppoſe en lui la volonté d'héritier; car n'étant tenu des dettes ou de ces legs, qu'autant qu'il voudroit être héritier, en les acquittant, il manifeſte aſſez qu'il veut l'être. C'eſt ce qu'enſeigne Alexandre Sévere, en la Loi 2, Cod. de jur. deliber. *Cum debitum paternum te exſolviſſe alleges : proportione hæreditariâ agnoviſſe te hæreditatem defuncti non ambigitur.*

Il en ſeroit autrement, ſi l'héritier avoit une autre qualité qui l'eût pu engager à faire ces paiemens, comme s'il étoit exécuteur teſtamentaire du défunt, s'il étoit obligé aux dettes qu'il a payées comme caution ou co-débiteur du défunt, il ne feroit point en ce cas acte d'héritier, parce qu'ayant une autre qualité pour faire ces paiemens, que ſa qualité d'héritier dans laquelle il a pu les faire, il s'enſuit que ce qu'il a fait ne ſuppoſe point en lui néceſſairement la volonté d'être héritier, & ne doit point, par conſéquent, ſuivant notre principe, paſſer pour acte d'héritier.

Il y a même de certaines dettes qu'on appelle criardes, qu'un héritier préſomptif pourroit, par motif d'honneur, acquitter, en proteſtant qu'il n'entend point, en les payant, faire acte d'héritier.

Il en eſt de même de certains legs faits pour récompenſe de domeſtiques ou pour faire prier Dieu pour le défunt.

La ceſſion qu'une perſonne fait de ſes droits ſucceſſifs, renferme bien évidemment la volonté d'être héritier, &, par conſéquent, eſt un acte d'héritier; car cet homme qui a cédé le droit qu'il a dans la Succeſſion d'un défunt, ne peut céder ce droit qu'autant qu'il l'a effectivement, qu'autant qu'il lui eſt acquis; car on ne peut pas céder ce qu'on n'a pas : or, il ne peut lui être acquis qu'autant qu'il accepte la Succeſſion; la ceſſion qu'il en fait ſuppoſe donc manifeſtement en lui la volonté d'accepter la Succeſſion.

Il n'en est pas de même de l'héritier qui renonce à la Succession au moyen d'une somme qu'il reçoit de ses co-héritiers, ou de ceux qui sont dans le degré suivant pour succéder. Cela est décidé par la Loi 24, ff. de acq. hæred. *Fuit quæstionis an pro hærede gerere videatur, qui pretium omittendæ hæreditatis causâ capit & obtinuit hunc pro hærede quidem non gerere* .... De-là cette regle de Droit : *Non vult hæres esse, qui ad alium transferre voluit hæreditatem.* L. 6, ff. de R. J. La raison est que celui qui renonce à la Succession, moyennant une somme d'argent, abdique le droit qu'il pourroit avoir plutôt qu'il ne le céde, il reçoit, à la vérité, une somme d'argent, pour faire cette renonciation, de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, parce que, par cette renonciation, le droit qu'il auroit eu leur accroîtra ou leur sera dévolu; mais ce n'est pas pour cela une cession; il ne le leur fait pas passer de lui à eux; mais il l'abdique pour leur faire plaisir, parce que ce sont eux qui doivent profiter de cette abdication, & auxquels ce droit qu'il a abdiqué doit accroître ou être dévolu, le contrat qu'il fait avec eux n'est pas le contrat *do ut des, facio ut des;* il ne donne rien, mais il fait une renonciation pour laquelle il reçoit de l'argent de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, & qui doivent en profiter.

Il y a néanmoins un cas auquel la renonciation qu'un héritier fait à la Succession, soit qu'il la fasse moyennant une somme d'argent, soit même qu'il la fasse gratuitement, doit passer pour une vraie cession, & renferme, en conséquence, un acte d'héritier; c'est le cas auquel il auroit déclaré qu'il renonce au profit de quelqu'un de ses co-héritiers préférablement aux autres; cette renonciation est plutôt une cession qu'une renonciation. Pour que sa part parvienne à quelqu'un de ses co-héritiers préférablement à ses autres co-héritiers, il faut qu'il en dispose au profit de ce co-héritier, car s'il n'en disposoit pas, s'il ne faisoit simplement que l'abdiquer & y renoncer, elle accroîtroit également à tous : or, s'il en dispose, il accepte la Succession; car il ne peut disposer que d'une chose qui lui soit acquise, & sa part en sa Succession dont il dispose, ne peut lui être acquise qu'il n'ait accepté la Succession.

Ce n'est point non plus un acte d'héritier que de commander les obseques du défunt, de poursuivre la vengeance de sa mort; car ce sont des devoirs de piété dont on s'acquitte envers ses parens, même dans le cas où on renonceroit à leur Succession, & qui, par conséquent, ne supposent point nécessairement la volonté d'être héritier.

Si le Roi a fait don aux héritiers de l'office du défunt tombé aux parties casuelles, ou l'a taxé modérément à leur profit, les héritiers qui recueillent ce don ne font point acte d'héritier; car le Roi est plutôt censé leur avoir fait ce don en qualité de plus proches parens, qu'en qualité d'héritiers, & ils auroient droit de le recueillir, quand ils renonceroient à leur Succession.

§. II.

Par qui une Succeſſion peut-elle être acceptée ?

Celui à qui une Succeſſion eſt déférée peut l'accepter, non-ſeulement par lui-même, mais par Procureur. Cela a lieu, non-ſeulement ſi ce Procureur a pouvoir ſpécial d'accepter pour lui la Succeſſion d'un tel, mais même s'il a pouvoir général d'accepter ou de répudier toutes les Succeſſions qui écherroient à celui qui l'a conſtitué ſon Procureur. La procuration d'adminiſtrer les affaires d'un abſent, ne s'étendroit pas juſques-là; car l'acceptation d'une Succeſſion qui engage l'héritier à des dettes qui peuvent être conſidérables, paſſe les bornes d'une ſimple adminiſtration.

Ceux qui ne ſont pas capables de s'obliger, tels que les pupilles, les inſenſés, ne peuvent accepter une Succeſſion, mais le tuteur peut accepter les Succeſſions échues à ſon pupille; le curateur celles déférées aux perſonnes qui ſont ſous ſa curatelle.

La Succeſſion déférée à une femme mariée doit être par elle-même acceptée, & elle doit être, pour cela, autoriſée de ſon mari, ou, ſur le refus de ſon mari, par le Juge.

Si elle refuſoit de l'accepter, le mari, qui auroit intérêt qu'elle ſoit acceptée, parce que le mobilier doit tomber en communauté, pourroit, à ſes riſques, l'accepter ſur le refus de ſa femme, qui ne peut point s'en abſtenir en fraude des intérêts de la communauté de ſon mari.

Lorſqu'un débiteur inſolvable refuſe d'accepter une Succeſſion opulente, en fraude de ſes créanciers, pour empêcher qu'ils ne ſoient payés ſur les biens qui lui reviendroient de cette Succeſſion; les créanciers ſont reçus à l'accepter pour lui.

Non-ſeulement celui qui eſt appellé à la Succeſſion peut l'accepter; mais s'il eſt mort avant que de s'être décidé ſur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, les héritiers de cet héritier peuvent de ſon chef l'accepter; c'eſt une ſuite de la regle *le mort ſaiſit le vif.*

Lorſque les héritiers de cet héritier ont entr'eux des intérêts différens ſur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, il faut entrer dans la diſcuſſion de ce qui auroit été le plus avantageux au défunt, & faire prévaloir ce parti.

§. III.

Quand une Succeſſion peut-elle être acceptée ?

Il eſt évident qu'une Succeſſion ne peut être acceptée qu'elle ne ſoit déférée; on ne peut donc pas accepter la Succeſſion d'un homme avant

sa mort; car il n'y a point de Succession d'un homme encore vivant, ni, par conséquent, rien qui puisse être le sujet de l'acceptation. Nos usages ont bien admis les renonciations aux Successions futures, ce qui est contre la regle de Droit prise dans la nature des choses, *quod quis si velit, habere non potest, id repudiare non potest. L.* 174, *ff. de Reg. jur.* Mais il ne peut pas y avoir d'acceptation d'une Succession future. Accepter, c'est recevoir. On ne peut pas recevoir ce qui n'est pas encore. Accepter une Succession, c'est succéder. On ne peut pas succéder à celui qui vit encore, & remplir encore sa place.

C'est pourquoi, si, sur un faux bruit de la mort d'une personne, son parent en degré de lui succéder, a pris la qualité de son héritier, s'il s'est mis en possession de ses biens, en a disposé comme maître, tout cela ne peut passer pour acceptation de Succession, pour acte d'héritier; tout cela ne le rendra point héritier, même après la mort de cette personne, à moins que, depuis la mort de cette personne, il n'ait continué d'en user de même.

Cela est conforme aux principes des Loix : *Neminem pro hærede gerere posse, vivo eo, cujus in bonis gerendum sit. L.* 27, *ff. de acq. hæred. Ita demùm pro hærede gerendo acquiret hæreditatem, si jam sit ei delata.*

Il ne suffit pas qu'une Succession soit ouverte par la mort naturelle ou civile de quelqu'un, pour qu'elle puisse être valablement acceptée par ceux qui y sont appellés; il faut, outre cela, qu'ils aient connoissance de son ouverture; car la volonté suppose la connoissance de ce qu'on veut, nous ne pouvons pas vouloir accepter une Succession que nous ne savons pas être ouverte & nous être déférée. C'est pourquoi Ulpien dit, *hæres si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire hæreditatem non potest.* L. 32, Pro. ff. d. tit.

Il ne suffit pas même que quelqu'un sache que la Succession est ouverte, pour qu'il puisse l'accepter, il faut qu'il sache que c'est lui qui est appellé. C'est la même raison.

C'est pourquoi le parent d'un degré plus éloigné ne peut pas accepter une Succession tant qu'il ignore que ceux d'un degré plus proche y ont renoncé.

Si un héritier ne peut pas valablement accepter une Succession avant qu'elle lui soit déférée, ni même avant qu'il ait connoissance qu'elle lui soit déférée; à plus forte raison, il ne peut plus l'accepter après qu'il s'en est exclus par sa renonciation à la Succession. Cela est évident; car ayant, par sa renonciation, abdiqué le droit qu'il avoit de succéder, il ne peut pas plus l'accepter, après sa renonciation, que le pourroit un étranger qui n'y auroit aucun droit. Si donc un héritier, depuis sa renonciation, se met en possession de quelques effets de la Succession, cela ne peut plus passer pour un acte d'héritier, mais pour un larcin qu'il fait de ces effets auxquels il n'avoit plus aucun droit depuis sa renonciation.

Il est étonnant que le Brun avance qu'on peut encore, en plusieurs cas, faire acte d'héritier & accepter une Succession après qu'on y a renoncé, pourvu qu'elle n'ait pas été occupée par d'autres; il cite la Loi *pro hærede* 20, §. *Papinianus*

§. *Papinianus* 4, *ff. de acq. hæred.* & la Loi 12, *ff. de interrogat.*; mais il ne fait pas réflexion que ces Loix sont dans le cas d'un *suus hæres*, d'un héritier néceſſaire; cet héritier par l'abſtenſion qu'il faiſoit des biens de la Succeſſion, ne ceſſoit pas d'être héritier, il acquéroit ſeulement par-là le droit de n'être pas tenu des dettes; & il le perdoit, ſi après avoir déclaré qu'il s'abſtenoit, il s'immiſçoit dans les biens de la Succeſſion; cette Loi ne reçoit ici aucune application parmi nous, nous n'avons point d'héritiers néceſſaires, *n'eſt héritier qui ne veut*. L'héritier qui renonce abdique tout droit à la Succeſſion; il n'en conſerve plus aucun, & par conſéquent, il ne peut plus faire acte d'héritier.

Il eſt vrai qu'un héritier qui, après ſa renonciation, ſe ſeroit emparé des effets de la Succeſſion & en auroit dérobé la connoiſſance aux créanciers, pourroit être condamné envers eux à payer les dettes de la Succeſſion comme s'il étoit héritier, mais ce ſeroit par forme de dommages-intérêts qu'il ſeroit ainſi condamné, pour s'être injuſtement emparé d'une Succeſſion à laquelle il n'avoit plus aucun droit, & non parce qu'il auroit fait acte d'héritier.

Pareillement, ſi une perſonne qui a renoncé à une Succeſſion, eſt aſſignée comme héritier, &, ne rapportant point ſa renonciation, eſt condamnée par arrêt à payer le créancier de la Succeſſion qui a formé la demande contre lui; il ne deviendra pas pour cela héritier après avoir renoncé; mais, à cauſe de l'autorité de la choſe jugée, il ſera obligé d'acquitter la condamnation portée par l'arrêt tout comme s'il l'étoit.

On ne peut plus à la vérité accepter une Succeſſion après qu'on y a renoncé; mais ſi la renonciation qu'une perſonne a faite étoit reſcindée par quelque juſte cauſe, la renonciation étant détruite & miſe au néant, rien n'empêcheroit que cette perſonne ne pût accepter la Succeſſion.

Pareillement, ſi un mineur qui a témérairement renoncé à une Succeſſion avantageuſe ſe fait reſtituer pour cauſe de ſa minorité contre ſa renonciation, il pourra l'accepter.

Pareillement, ſi un majeur a été engagé à renoncer à une Succeſſion avantageuſe par le dol de ſes cohéritiers ou des parens du degré ſubſéquent qui lui ont fait paroître de fauſſes dettes, ou ſouſtrait les titres pour lui cacher les forces de la Succeſſion, ce majeur en prouvant ce dol, & ſe faiſant reſtituer en conſéquence contre ſa renonciation, pourra accepter la Succeſſion.

Pareillement, ſi un débiteur inſolvable, en fraude de ſes créanciers, a renoncé à une Succeſſion opulente, ſes créanciers font reſcinder cette renonciation par l'action révocatoire de ce qui eſt fait en fraude de ſes créanciers, & en conſéquence, comme exerçant les droits de leur débiteur, acceptent pour lui & à leur profit, la Succeſſion qui lui eſt échue. En cela notre Droit donne plus d'étendue à cette action révocatoire que n'en donnoit le Droit Romain; car, par le Droit Romain, l'action révocatoire n'avoit lieu que pour ce que le débiteur avoit aliéné de ſes biens, & non point pour une Succeſſion ou autre choſe qu'il auroit manqué d'acquérir, ſuivant cette regle *non fraudantur creditores cùm quid non acquiritur à debitore : ſed*

cùm quid de bonis deminuitur. *L.* 134, *de R. J.* & ailleurs, *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare : veluti qui hæreditatem omittit.* *L.* 28, *ff. de V. S.* d'où ils concluent, *qui repudiavit hæreditatem, non est in eâ causâ ut huic edicto locum faciat.*

Observez que lorsque les créanciers d'un héritier insolvable ont fait casser la renonciation qu'il a faite à la Succession, comme faite en fraude de ses créanciers & du droit qu'ils avoient d'être payés sur les biens déférés à leur débiteur; cette renonciation n'est cassée qu'en faveur desdits créanciers, & vis-à-vis d'eux & non point vis-à-vis de l'héritier qui a renoncé.

C'est pourquoi, si la Succession à laquelle il a renoncé se trouve plus opulente qu'on ne le pensoit, que la part de ce renonçant après la Succession liquidée se trouve monter à 12000 livres & qu'il ne dût que 10000 livres, il ne pourra pas prétendre les 2000 livres qui se trouvent de reste, après les créances acquittées; car la renonciation est valable vis-à-vis de lui, ses cohéritiers profiteront de ces 2000 livres.

§. IV.

De l'effet de l'acceptation d'une Succession & de la restitution contre l'acceptation.

L'effet de l'acceptation d'une Succession est, suivant que nous l'avons déjà observé sur la regle, *le mort saisit le vif;* que celui qui l'a acceptée est réputé être, dès l'instant de la mort du défunt, pour la part dont il est héritier, propriétaire de tout ce dont le défunt étoit propriétaire, créancier de tout ce dont il étoit créancier, débiteur de tout ce dont il étoit débiteur, quand même les dettes excéderoient de beaucoup les biens de la Succession.

C'est encore un effet de l'acceptation de la Succession que celui qui l'a acceptée, est censé succéder, dès ce tems, non-seulement, à la part à laquelle il étoit appellé de son chef, mais même aux autres parts qui accroissent par la suite, par les renonciations de ses cohéritiers, cet accroissement se fait malgré lui, & il ne peut en conséquence, éviter d'être tenu des dettes pour les parts qui lui accroissent. C'est ce qu'enseigne Gaïus : *qui semel aliquâ ex parte hæres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit L.* 53, §. 1, *ff. de acq. hæred.*

Cela a lieu, quand même l'héritier, après avoir accepté la Succession pour sa part, seroit mort avant que ses cohéritiers eussent renoncé; car lesdits cohéritiers venant par la suite à renoncer, leurs parts accroîtroient à celle qu'il a transmise dans sa Succession; *portio enim deficiens portioni ejus qui adivit magis quàm personæ accrescit.*

Ce sont encore des effets de l'acceptation. 1°. Que l'enfant qui a accepté, soit sujet aux rapports des choses qui lui ont été données, comme nous le verrons au Chapitre suivant. 2°. Que l'héritier qui accepte soit tenu aux rapports des legs qui lui auroient été faits. 3°. Que l'enfant qui a accepté,

ne puiſſe plus prétendre de douaire, par la regle *qu'on ne peut être héritier & douairier.*

L'héritier qui a accepté une Succeſſion étant mineur, peut pour cauſe de ſa minorité, ſe faire reſtituer contre ſon acceptation, lorſqu'elle lui eſt déſavantageuſe.

Cela a lieu, pourvu qu'il n'ait pas ratifié cette acceptation depuis qu'il eſt devenu majeur; car la ratification faite en majorité, empêche la reſtitution. Il ne faut pas prendre pour ratification, ce que le mineur devenu majeur a fait, lorſque ce qu'il a fait, étoit une ſuite néceſſaire de ſon acceptation.

Par exemple, ſi un mineur a accepté en minorité, une Succeſſion, quoique devenu majeur, il ait entretenu les biens de cette Succeſſion, il ait fait payer, on ne doit pas regarder cela comme une ratification & une approbation volontaire de l'acceptation de la Succeſſion qu'il a faite en minorité, mais comme une ſuite néceſſaire de cette acceptation, comme l'acquittement d'un devoir auquel cette acceptation l'obligeoit juſqu'à ce qu'il fût reſtitué contre; c'eſt pourquoi les loix décident qu'il ne doit pas être exclus de la reſtitution. C'eſt l'eſprit du fameux §. *ſcio, de la Loi 3, ff. de minor.*

Le majeur n'eſt pas facilement admis à la reſtitution, il y ſeroit, néanmoins admis, s'il prouvoit que les créanciers qui avoient intérêt de la lui faire accepter, ont uſé de dol & de mauvaiſes manieres pour l'engager à le faire. Il y a même des arrêts qui ſur des circonſtances extraordinaires, quoiqu'il ne fût point intervenu de dol, ont relevé des majeurs de leur acceptation, mais ces arrêts ne doivent point être tirés à conſéquence.

L'effet de la reſtitution contre l'acceptation d'une Succeſſion, eſt que celui qui eſt reſtitué, eſt déchargé de tous les engagemens qu'il a contractés par ſon acceptation, en rendant par lui un fidèle compte de tout ce qui lui eſt parvenu des effets de la Succeſſion; par exemple, il eſt déchargé de l'acquittement des dettes, des legs & des autres charges de la Succeſſion. Si c'eſt un enfant, il eſt déchargé de l'obligation du rapport des choſes qui lui ont été données, il peut demander ſon douaire dont il avoit fait confuſion par ſon acceptation.

Au reſte, nonobſtant la reſtitution, il demeure toujours, ſelon la ſubtilité du Droit, héritier, ſelon la regle *qui ſemel hæres, ſemper hæres;* c'eſt pourquoi la portion des droits ſucceſſifs de celui qui s'eſt fait reſtituer contre ſon acceptation, n'accroît point à ſes cohéritiers, malgré eux; en abandonnant cette portion aux créanciers, ils ne feront point tenus des dettes & autres charges de la Succeſſion pour raiſon de cette portion, mais ſeulement pour raiſon de celles dont ils ſont héritiers de leur chef; c'eſt ce qui eſt défini en la Loi *61. ff. de acquir. hæred.* Ils peuvent, néanmoins, s'ils le jugent à propos, prendre cette portion en ſe chargeant de toutes les dettes & charges de la Succeſſion. L. 98, ff. d. tit.

ARTICLE II.

De l'acceptation de Succession sous le bénéfice d'inventaire.

Le bénéfice d'inventaire est un bénéfice que l'Empereur Justinien, par la Loi 22, *Cod. de jure deliber.* accorde aux héritiers de n'être point tenus, sur leurs propres biens, des dettes de la Succession, & de ne point faire confusion des droits qu'ils pourroient avoir contre la Succession, à la charge par eux de faire dans le temps, & de la maniere qu'il le prescrit, un inventaire fidèle, exact, de toutes les choses dont la Succession est composée.

L'acceptation de Succession sous bénéfice d'inventaire, est celle faite par l'héritier qui a recours à ce bénéfice, à la différence de celle faite par l'héritier, qui n'y a point recours, laquelle est appellée acceptation pure & simple.

On appelle l'héritier qui a accepté de cette maniere, *héritier sous bénéfice d'inventaire*, ou *héritier bénéficiaire*.

§. I.

De la nature de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne differe de l'acceptation pure & simple, qu'en ce qu'elle donne à l'héritier le bénéfice de n'être point tenu des dettes de la Succession sur ses propres biens, & de ne point confondre les dettes qu'il a contre la Succession, & que, pour cela, elle l'assujettit à un compte des biens de la Succession envers les créanciers; au reste, elle produit les autres effets que produit l'acceptation pure & simple.

L'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, est pareillement réputé comme l'héritier pur & simple, saisi de la Succession, dès l'instant qu'elle a été ouverte : il est vrai héritier, vrai propriétaire des biens de la Succession.

De-là il suit que l'enfant héritier bénéficiaire ne laisse pas d'être tenu au rapport envers les cohéritiers, des choses qui lui ont été données, & que ses cohéritiers y sont tenus envers lui. De-là il suit que lorsqu'il se rend adjudicataire des biens de la Succession bénéficiaire, il retient plutôt qu'il n'acquiert, &, par conséquent, il ne doit point de profit, comme nous l'avons vu au Traité des Fiefs.

§. II.

Un Testateur peut-il défendre que son héritier ait recours au bénéfice d'inventaire?

Lebrun, sur cette question, rapporte plusieurs Arrêts qui ont jugé tant pour le pays de droit écrit, que pour le pays coutumier, que le testateur ne pouvoit faire cette défense. Ces Arrêts l'ont jugé même pour les héritiers testamentaires. La raison en est que, quoiqu'un testateur puisse instituer son héritier sous telles conditions que bon lui semble, ce ne peut pas être, néanmoins, sous des conditions contraires aux Loix; or, telle est la condition qui lui défendroit d'avoir recours au bénéfice d'inventaire, puisqu'elle lui défend ce que la Loi veut lui accorder. La question doit encoré moins souffrir de difficulté à l'égard des héritiers légitimes qui tiennent de la Loi leur qualité d'héritiers, & non du défunt.

§. III.

Quelles choses sont requises pour le bénéfice d'inventaire?

La premiere chose requise pour le bénéfice d'inventaire, ce sont les Lettres Royaux qui s'obtiennent dans les Chancelleries des Parlemens.

Il faut néanmoins, à cet égard, distinguer le pays de droit écrit, & le pays coutumier.

Dans le pays de droit écrit, tout héritier peut, en faisant inventaire dans le temps, & de la maniere dont le prescrit la Loi 22, *Cod. de jure delib.*, jouir du bénéfice accordé par cette Loi, sans obtenir aucunes Lettres Royaux pour cet effet. La raison est, que cette Loi, ainsi que les autres Loix Romaines, ayant, par la permission du Roi, force, autorité & caractere de Loi dans ces Provinces, un héritier n'a pas besoin d'avoir recours au Roi pour obtenir de lui un bénéfice que la Loi lui accorde.

Au contraire, dans le pays coutumier, l'héritier, pour jouir de ce bénéfice, doit l'obtenir du Roi, par des Lettres qui s'obtiennent en la grande Chancellerie; car la Loi de Justinien, qui accorde ce bénéfice, n'a pas force & caractere de Loi dans le pays coutumier; cette Loi ne peut donc pas lui donner ce bénéfice; il faut donc qu'il l'obtienne du Roi.

Il y a, néanmoins, quelques Coutumes qui accordent expressément le bénéfice d'inventaire : telles sont les Coutumes de Bretagne, de Berry, & quelques autres. Il faut décider que, dans ces Coutumes, les Lettres Royaux ne sont pas nécessaires par la même raison qu'elles ne le sont pas dans le pays de droit écrit.

C'est le sentiment de d'Argentré, qui sur la Coutume de Bretagne, dit : *Non igitur quod Franci faciunt à principe obtinendum quod..... jure communi*

omnibus licet & jure consuetudinario ab ipso principe approbato. C'est aussi pareillement le sentiment de Dumoulin sur la Coutume de Berry; il y a même quelques Coutumes qui déclarent expressément que les Lettres ne sont pas nécessaires; telle est celle de Sédan.

Il n'en est pas de même dans les Coutumes qui parlent, à la vérité, du bénéfice d'inventaire, mais sans l'accorder expressément, telles que sont les Coutumes de Paris & d'Orléans, il n'est pas douteux qu'il faut obtenir des Lettres dans ces Coutumes pour jouir du bénéfice; car, quoique ces Coutumes parlent du bénéfice d'inventaire, elles ne l'accordent pas; elles n'en parlent que parce qu'elles supposent la pratique en usage : l'héritier ne tient donc pas dans ces Coutumes ce bénéfice de la Loi municipale, qui ne l'accorde par aucune disposition; il faut donc qu'il l'obtienne du Roi.

Les Lettres doivent être entérinées par le Juge à qui elles sont adressées, qui doit être le Juge du lieu où la Succession est ouverte.

Cet entérinement s'ordonne sur les conclusions du Procureur du Roi.

Ces Lettres doivent être obtenues & entérinées avant que l'héritier ait fait aucun acte d'héritier; car s'il avoit une fois pris qualité d'héritier, en conséquence, étant devenu, dès-lors, obligé envers tous les créanciers de la Succession, les Lettres de bénéfice d'inventaire ne peuvent plus lui servir; car ces Lettres peuvent bien lui permettre d'accepter la Succession sans s'obliger sur ses propres biens envers les créanciers, mais elles ne peuvent pas le décharger de l'obligation qu'il a contractée envers eux lorsqu'elle est une fois contractée; le droit étant une fois acquis aux créanciers, ils ne peuvent plus en être dépouillés. Le Roi, en accordant une grace à quelqn'un, ne dépouille jamais un tiers d'un droit qui lui est acquis.

Que si l'héritier, sans s'être immiscé dans les biens, avoit pris la qualité, non pas d'héritier simplement, mais d'héritier bénéficiaire, & qu'il eût obtenu des Lettres peu après, on ne regarderoit pas cette déclaration qu'il a faite quoiqu'avant l'obtention des Lettres, comme une acceptation pure & simple qui l'empêchât d'y avoir recours, mais comme une simple déclaration de l'intention qu'il avoit d'en obtenir.

Pourvu que l'héritier n'ait point encore pris la qualité d'héritier, ni fait acte d'héritier, il est toujours à temps d'obtenir ces Lettres; néanmoins Imbert prétend qu'elles doivent être obtenues dans l'an du décès, sans quoi il faut y insérer une clause qui releve l'héritier de ne les avoir pas obtenues dans l'année. Je ne crois pas que cela s'observe; au surplus, il seroit fort facile d'insérer cette clause.

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers qui veulent l'être sous bénéfice d'inventaire, il suffit que l'un d'eux obtienne des Lettres & les fasse entériner, & que les autres, sur une Requête, les fassent déclarer communes avec eux.

De l'Inventaire.

Soit que l'héritier obtienne des Lettres lorsque la Succession est ouverte dans les pays où elles sont nécessaires, soit qu'il n'en obtienne pas lorsque la Succession est ouverte dans les Provinces où il n'en a pas besoin, il est évident qu'il doit faire un inventaire des biens de la Succession pour jouir du bénéfice d'inventaire, lequel n'est appellé bénéfice d'inventaire que pour cette raison.

La notoriété publique que le défunt n'a laissé aucuns meubles, n'est pas une raison qui puisse dispenser l'héritier de faire inventaire; lorsqu'il veut jouir du bénéfice, il doit, dans le cas auquel le défunt n'en laisseroit effectivement aucuns, faire un procès-verbal qui constate qu'il ne s'en est point trouvé, & qui tienne lieu d'inventaire. C'est l'avis de Lebrun.

Suivant la Loi de Justinien, lorsque l'héritier est sur les lieux, il doit commencer l'inventaire dans les 30 jours, à compter depuis qu'il a eu connoissance que la Succession lui étoit déférée, & l'achever dans 60 autres jours; lorsqu'il est éloigné, il y a un an, à compter du jour de la mort du défunt.

Dans le pays coutumier, il n'y a point de temps marqué pour faire cet inventaire, & je pense qu'il est toujours temps, tant que l'héritier n'a point disposé des effets de la Succession.

Il est aussi indifférent que l'inventaire se fasse avant ou après l'obtention des Lettres.

L'art. 128 de l'Ordonnance de 1629, qui ordonne que l'héritier fasse apposer le scellé avant l'inventaire, n'est pas en usage, non plus que beaucoup d'autres de cette Ordonnance.

L'inventaire doit être fait devant Notaire, & doit contenir la description de tous les meubles & de tous les titres de la succession.

Néanmoins, l'omission de quelques effets qui auroient pu échapper à la connoissance de l'héritier, ne le fait pas décheoir du bénéfice.

Il en seroit autrement si les créanciers prouvoient qu'il les a détournés ou omis de mauvaise foi & contre sa connoissance, il a été jugé, qu'en ce cas l'héritier devoit être déchu du bénéfice; l'Arrêt en est rapporté par Brodeau, L. H. n. 24, & par le Prêtre; plusieurs Coutumes en ont des dispositions. Ce sentiment est très-juste, quoiqu'il semble que la Loi de Justinien se contentât, en ce cas, de la peine de la restitution du double contre l'héritier.

Lorsque les créanciers se sont fait connoître, *putà*, en s'opposant au scellé, lorsqu'il y en a eu un, l'inventaire doit être fait avec eux ou eux duement appellés. La Novelle 1ere. veut aussi qu'on y appelle les légataires qui se trouvent sur le lieu.

Au surplus, il n'est pas nécessaire que cet inventaire soit conclu & affirmé devant le Juge.

La prisée n'y est pas non plus nécessaire, lorsque peu après on a fait une vente publique des meubles qui en constate la valeur.

§. IV.

De l'administration de l'héritier bénéficiaire.

L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la Succession & de rendre compte aux créanciers de son administration.

Il doit donc faire payer les débiteurs de la succession, interrompre les prescriptions, faire passer de nouveaux titres, affermer les héritages, faire faire les réparations, soutenir les procès pour raison des biens de la Succession, tant ceux commencés du vivant du défunt, que ceux qui pourroient naître.

On exige de lui de la bonne foi dans cette administation; mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable, & qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires; c'est pourquoi il n'est tenu envers ses créanciers que de la faute grossiere dans cette administration *de latâ culpâ*. En cela l'héritier bénéficiaire est différent des administrateurs du bien d'autrui; ceux-ci sont tenus de la faute légere *de levi culpâ;* la raison est qu'ils ne doivent point s'ingérer à l'administration du bien d'autrui, s'ils ne sont capables du soin & de la diligence nécessaires pour le bien administrer, au lieu que l'héritier bénéficiaire est administrateur de son propre bien; c'est pourquoi on ne doit point exiger de lui d'autre diligence que celle dont il est capable.

§. V.

De ce que doit observer l'héritier bénéficiaire touchant la vente des effets de la Succession.

Les art. 344 de Paris, & 342 d'Orléans, défendent à l'héritier bénéficiaire de vendre les meubles de la succession, sinon publiquement & à l'enchere, après dénonciation de la vente à l'issue de la Messe paroissiale de la Paroisse du défunt, & affiches mises tant à la porte de la Paroisse qu'à celle de la maison du défunt.

Le défaut d'observation de ces solemnités ne fait pas décheoir l'héritier du bénéfice d'inventaire; mais il est seulement tenu, faute de les avoir observées, aux dommages & intérêts des créanciers, résultans de ce que les meubles auroient pu être vendus plus qu'ils n'ont été estimés, & ces dommages & intérêts doivent consister à faire payer à l'héritier la crue ou parisis de la prisée qui est le quart en sus.

Que si l'héritier n'a pas vendu les meubles, & qu'il soit en état de les représenter en nature, il n'est sujet à aucune peine, à moins qu'ils ne fussent détériorés & dépréciés; car, en ce cas, il seroit tenu de ce dont on estimeroit qu'ils sont détériorés & dépréciés.

A l'égard

A l'égard des immeubles, notre Coutume ordonne qu'il ne pourra les vendre qu'avec les solemnités prescrites pour les décrets d'héritage.

L'héritier qui vend des héritages de la Succession, sans observer ces formalités, court deux especes de risque.

1°. Il s'expose à en perdre le prix au cas qu'il le paye à des créanciers postérieurs à d'autres en hypotheque; car dans le compte qu'il rendra, les créanciers antérieurs qu'il ne connoissoit pas lors du paiement qu'il a fait, seront en droit de refuser de lui allouer les sommes qu'il aura payées aux créanciers postérieurs, sauf à lui son recours contre ces créanciers postérieurs à qui il a payé, qui, par leur insolvabilité, peuvent être hors d'état de rapporter.

On pourroit même douter s'il auroit recours contr'eux; car un créancier qui a reçu ce qui lui étoit dû d'une personne qui le lui a payé pour & au nom du débiteur, n'est point sujet à rendre; or, ce créancier postérieur a reçu ce qui lui étoit véritablement dû de l'héritier pour & au nom de la Succession bénéficiaire qui en étoit véritablement débitrice, d'où il paroît suivre qu'il n'est point sujet à rendre; cependant comme l'héritier bénéficiaire n'est, vis-à-vis des créanciers de la Succession, que comme une espece de sequestre & d'administrateur, qui, en payant du prix de l'héritage de la Succession qu'il a vendu, les créanciers de la Succession, a intention de payer ceux qui ont droit de le toucher, on doit facilement présumer dans le paiement qu'il leur fait, la condition tacite qu'il leur fait ce paiement, s'ils sont les premiers créanciers, & à la charge par eux de rapporter, s'il en apparoît, par la suite, d'antérieurs. Comme il peut y avoir de la difficulté de savoir si cette condition doit être sous-entendue, l'héritier qui paye ne doit pas manquer de l'exprimer.

Le second risque que court l'héritier bénéficiaire qui vend les héritages de la Succession sans décret, est qu'il s'expose à des recours en garantie de la part des acheteurs qui peuvent être évincés sur les actions hypothécaires des créanciers de la Succession.

Cela est à craindre, non-seulement de la part des créanciers antérieurs, mais même dans le cas auquel le prix auroit servi à payer les antérieurs, cela est à craindre de la part des postérieurs, qui, trouvant l'héritage être de plus grande valeur que le prix pour lequel il auroit été vendu, pourroient encore évincer les acquéreurs en offrant de les rembourser du prix qui auroit servi a payer les créanciers antérieurs.

§. VI.

Premier effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que l'héritier n'est pas tenu envers les créanciers sur ses propre biens, mais seulement à un compte de ce qu'il a reçu de ceux de la Succession.

Quoique l'héritier bénéficiaire soit dans la vérité un vrai héritier & un vrai successeur du défunt, néanmoins l'effet du bénéfice d'inventaire est

de le faire considérer, vis à-vis des créanciers de la Succession, plutôt comme un administrateur des biens de la Succession, que comme le vrai héritier & le vrai propriétaire de ces biens.

C'est pourquoi, de même qu'un administrateur tel qu'un tuteur, un fabricien, lorsqu'il s'est obligé, ou a été condamné en ces qualités, ne peut être contraint, sur ses propres biens, au paiement de la somme à laquelle il est obligé ou condamné dans lesdites qualités, mais seulement sur les biens dont il a l'administration, & qu'à cet effet il n'est tenu à autre chose qu'à rendre compte de ce qu'il a desdits biens entre les mains; de même l'héritier bénéficiaire ne peut être contraint de payer, sur ses propres biens, aux créanciers de la Succession, les sommes auxquelles il se seroit obligé ou auroit été condamné envers eux en cette qualité.

Il n'est tenu qu'à leur donner un compte de ce qu'il a entre les mains des biens de la Succession. Si par ce compte il est reliquataire de quelque somme, il peut être, en ce cas, contraint sur ses biens jusqu'à concurrence de cette somme; que s'il n'est reliquataire d'aucune somme, les créanciers ne peuvent excercer aucune contrainte, aucune exécution sur ses biens, mais seulement saisir ceux de la Succession qui sont en nature, tant les meubles que les immeubles.

Dans ce compte l'héritier doit coucher en recette le prix des meubles, lorsqu'il les à vendus, les sommes qu'il a touchées ou dû toucher, tant des débiteurs, que des revenus des biens de la Succession.

On lui alloue en dépense ce qu'il a payé pour les frais funéraires du défunt, pour les frais d'inventaire, pour les frais de scellé, s'il y en a eu un, & levée de scellé, pour les frais de vente.

On ne doit pas lui allouer les frais des Lettres de bénéfice d'inventaire & de leur entérinement, car ces frais ne regardent que lui, & sont faits pour son intérêt personnel, & non pas celui de la Succession.

On doit lui allouer les frais qu'il a faits pour faire valoir les héritages de la Succession, pour les réparations nécessaires, pour les frais de procès, quoiqu'il n'y ait pas réussi, à moins qu'il ne les eût intentés ou soutenus sans raison & témérairement.

On doit lui allouer ce qu'il a payé pour le centieme denier des biens de la Succession, pour les profits de rachat & de relevoisons, suivant que nous l'avons établi en notre Traité des Fiefs, où nous en avons agité la question.

Enfin, on lui alloue tout ce qu'il a payé à des créanciers de la Succession tels qu'ils soient, & même aux légataires.

Les créanciers auxquels l'héritier a rendu compte, ne peuvent contester à l'héritier les paiemens qu'il a faits à des créanciers plus diligens, & même à des légataires, pourvu que ceux à qui il a payé fussent vraiement créanciers & légataires, & que, lorsque l'héritier les a payés, ceux auxquels il rend ce compte n'eussent point encore fait de saisie-arrêt entre ses mains.

Ces créanciers qui ont tardé à faire leurs diligences n'ont pas même de recours contre les créanciers plus diligens qui ont reçu ce qui leur étoit

dû; ceux-ci doivent profiter de leur vigilance, n'ayant reçu que ce qui leur étoit dû, ils ne sont point sujets à rendre

Il n'en est pas de même des légataires que l'héritier bénéficiaire a payés, s'il arrivoit par la discussion de ce qui reste des biens de la Succession, que quelques créanciers ne pussent être payés du total de leurs créances, la Succession auroit, en ce cas, action contre les légataires pour la répétition des sommes qui leur ont été payées, un testateur ne pouvant pas valablement léguer au-delà des forces de sa Succession; c'est pourquoi les créanciers, comme exerçant les actions de la Succession, pourroient agir contre les légataires en répétition des sommes; mais ils ne pourroient, comme nous l'avons ci-dessus observé, inquiéter l'héritier bénéficiaire qui a payé ces sommes de bonne-foi.

Que si les créanciers auxquels l'héritier bénéficiaire rend compte, avoient fait des diligences, s'étoient, par exemple, opposés aux scellés, à la vente des meubles, ou avoient fait des saisies-arrêts, en ce cas ils ne seront point obligés d'allouer à l'héritier bénéficiaire ce qu'il auroit payé à d'autres créanciers, ou à des légataires, à leur préjudice.

C'est pourquoi lorsqu'il y a plusieurs créanciers opposans ou arrestans, l'héritier bénéficiaire ne doit point payer qu'ils n'aient fait régler entr'eux qui recevroit.

On demande si l'enfant héritier bénéficiaire avec ses freres & sœurs, est obligé de compter aux créanciers des sommes que son pere lui a données entre-vifs? La raison de douter est qu'un héritier, quoique bénéficiaire, est vraiment héritier, & par conséquent, sujet à la Loi du rapport. La raison de décider, au contraire, qu'il n'est point sujet d'en compter aux créanciers, est qu'il est, à la vérité, sujet à la loi du rapport, mais envers ses cohéritiers seulement; ce n'est qu'envers eux que les Coutumes l'y obligent pour maintenir l'égalité entre les enfans; mais il n'y est point obligé envers les créanciers qui n'ont de droit que sur les biens de la Succession dont les choses données entre-vifs ne font point partie, puisque le donateur s'en est dessaisi de son vivant. On dira que par le rapport les choses données sont censées rentrer dans la Succession : la réponse est, que si elles sont censées rentrer en la Succession, ce ne peut être que par fiction, que dans la vérité elles n'en sont point, puisque le défunt avoit cessé d'en être propriétaire, que les fictions ne doivent profiter qu'a ceux pour qui elles ont été établies; d'où il suit que le rapport n'étant établi qu'en faveur des enfans cohéritiers, & non en faveur des créanciers, les créanciers ne peuvent en profiter.

L'héritier bénéficiaire doit-il compter aux créanciers de la portion qu'il a dans le rapport des choses données à son cohéritier, que son cohéritier doit lui faire? On pourroit dire qu'il y a dans cette espece une plus grande raison de douter, que cet héritier bénéficiaire à qui son cohéritier a rapporté une somme qui lui a été donnée, n'a part en cette somme rapportée qu'à cause de la Succession, que parce qu'il est héritier. La raison de décider, au contraire, est que cette somme n'est point véritablement de la Succession, puisque le défunt ne la lui a point laissée, ce qui

suffit pour que les créanciers n'y puissent prétendre aucun droit ; n'en ayant, au moyen du bénéfice d'inventaire, que sur les biens de la Succession.

Il résulte de ces principes, que si deux enfans héritiers de leur pere, le sont l'un & l'autre sous bénéfice d'inventaire, les créanciers de la Succession n'ont rien à prétendre sur ce qui a été donné entre-vifs par le défunt, soit à l'un, soit à l'autre.

Mais si l'enfant donataire est héritier bénéficiaire, & l'autre enfant, qui n'a rien reçu, est héritier pur & simple, & que ce dernier, qui est insolvable, ne veut point, en fraude de ses créanciers, user du droit qu'il a de se faire rapporter par son frere la somme que son frere a reçue, les créanciers de la Succession qui, par l'acceptation pure & simple de cet enfant qui n'a rien reçu, sont devenus ses créanciers pour la moitié de leurs créances, aussi-bien que les autres propres créanciers de cet enfant, pourront, comme exerçant les droits de leur débiteur, exiger de l'enfant donataire le rapport que leur débiteur auroit droit d'exiger; car c'est un droit qui lui est acquis qu'il ne peut remettre en fraude de ses créanciers.

Que s'ils ont reçu l'un & l'autre, il se fait une compensation jusques à due concurrence, & celui qui a reçu le plus ne doit le rapport que de l'excédant; par exemple, si le premier a reçu 30000 livres, & le second 20000 livres, le premier ne doit rapporter que 1000 livres dont il doit 5000 livres.

§. VII.

Du second effet du bénéfice d'Inventaire qui consiste en ce que les droits & actions que l'héritier avoit contre le défunt, ne se confondent point.

Du principe que nous avons établi ci-dessus, que le bénéfice d'inventaire fait vis-à-vis des créanciers, une séparation, de la Succession & de la personne de l'héritier qui l'a acceptée sous ce bénéfice, & qu'elle le fait considérer plutôt comme le séquestre & l'administrateur de cette Succession, que comme le vrai héritier; il en résulte cette seconde conséquence, que l'héritier en acceptant la Succession sous bénéfice d'inventaire, ne confond point les droits & actions qu'il avoit de son chef contre le défunt, & qu'il continue d'avoir ses droits & actions contre la Succession, de la même maniere que l'administrateur des biens d'une Eglise, d'un pupille ou autre personne, conserve les droits & actions qu'il a contre l'Eglise, ou contre le pupille, dont il administre les biens.

C'est ce qui est expressément décidé en la Loi *scimus* qui a établi le bénéfice d'inventaire. *Si ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.* Ce second effet du bénéfice d'inventaire n'est même qu'une

ſuite & qu'une conſéquence du premier ; ſi l'héritier bénéficiaire n'eſt pas tenu ſur les propres biens, des dettes du défunt, ce qui eſt le premier effet du bénéfice d'inventaire, il s'enſuit, néceſſairement, qu'il ne doit pas confondre ſes créances contre le défunt ; car ſi les dettes dont le défunt étoit tenu envers lui, s'éteignoient par ſon acceptation de la Succeſſion ſous bénéfice d'inventaire, il s'enſuivroit que l'héritier acquitteroit les dettes du défunt ſur ſon propre bien, puiſqu'il les acquitteroit par la confuſion de ſes créances qui ſont ſon propre bien.

Suivant ces principes, l'héritier bénéficiaire, peut ſans renoncer & abandonner les biens de la Succeſſion bénéficiaire, être payé ſur le prix des meubles & autres deniers de la Succeſſion, des créances qu'il a contre la Succeſſion, par contribution au ſol la livre avec les autres créanciers ſaiſiſſans & oppoſans ; il peut de même venir en ordre de ſes hypotheques ſur le prix du décret d'un héritage de la Succeſſion bénéficiaire, & toucher le prix de ſa collocation, c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt de Maran & de Vauxjour de 1618 rapporté par les commentateurs.

Par la même raiſon, on doit décider que, ſi le défunt avoit vendu un héritage appartenant à celui qui eſt devenu depuis ſon héritier bénéficiaire, cet héritier bénéficiaire pourra revendiquer ſon héritage, ſans que le poſſeſſeur puiſſe exclure ſon action, en lui oppoſant qu'il a ſuccédé à l'obligation de garantie dont étoit tenu le défunt qui a vendu l'héritage, car il repliquera que n'étant héritier du vendeur, que ſous bénéfice d'inventaire, il n'eſt point tenu, ſur ſes propres biens, de ſes obligations, ni, par conſéquent, de cette obligation de garantie, qu'elle ne peut donc pas exclure l'action de revendication qu'il a de ſon chef, & qui a pour objet ſon propre bien ; c'eſt pourquoi, en ce cas, le Juge fera droit ſur l'action de revendication, qu'il intente de ſon chef, & le condamnera, comme héritier bénéficiaire du vendeur, aux dommages & intérêts du poſſeſſeur, réſultans de l'éviction, deſquels ce poſſeſſeur évincé ſe fera payer ſur les biens de la Succeſſion bénéficiaire.

Par la même raiſon, l'héritier bénéficiaire, qui eſt en même-temps créancier hypothécaire du défunt pourra intenter l'action d'interruption & même l'action hypothécaire contre les détenteurs qui ont acquis des héritages du défunt poſtérieurement à ſes hypotheques, ſauf à ces détenteurs à obtenir contre lui, en ſa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation de dommages & intérêts qu'ils exerceront ſur les biens de la Succeſſion bénéficiaire.

§. VIII.

Du troiſieme effet du bénéfice d'inventaire qui conſiſte à pouvoir renoncer aux biens de la Succeſſion.

Le troiſiéme effet du bénéfice d'inventaire eſt que l'héritier bénéficiaire peut, ſi bon lui ſemble, renoncer à la Succeſſion, en abandonnant

les biens aux créanciers, & leur rendant compte de l'administration qu'il en a eue jusqu'à l'abandon qu'il en fait.

Cet effet est encore une suite du premier, car n'étant tenu des dettes & charges de la Succession que sur les biens de cette Succession, il s'ensuit qu'il doit lui être permis de se procurer une décharge entiere en les abandonnant.

L'héritier bénéficiaire qui fait cet abandon, doit rendre aux créanciers & légataires un compte de sa gestion. Voyez sur ce qui en doit composer la recette & la mise, ce que nous en avons dit au §. *6*.

L'héritier bénéficiaire étant censé s'être obligé à ce compte du jour qu'il a accepté la Succession bénéficiaire, c'est-à-dire, du jour qu'il a fait entériner ses lettres, c'est en conséquence, du jour de cet entérinement, que les créanciers de la Succession bénéficiaire ont hypotheque sur les biens de cet héritier, pour le compte des biens qu'il doit leur rendre.

Lorsque l'héritier bénéficiaire est mort avant que d'avoir fait cet abandon, les créanciers ont-ils cette hypotheque même pour les dégradations & dissipations survenues depuis sa mort? Le Brun décide qu'oui; la raison est que le droit qu'ont les créanciers de se faire rendre compte de toute la Succession bénéficiaire, & par conséquent même des dissipations & dégradations survenues depuis la mort de l'héritier, procéde de l'obligation que cet héritier bénéficiaire a contractée envers eux, dès l'instant qu'il s'est mis en possession des biens de la Succession, de les leur conserver, ou de leur payer leurs dettes.

Lorsqu'il y a deux héritiers bénéficiaires qui ont partagé ensemble les biens de la Succession, chacun n'est tenu de conserver que ce qui est échu à son lot, & non ce qui est échu au lot de l'autre, chacun étant censé n'avoir succédé qu'à son lot, chacun ne doit donc compter que de son lot.

La renonciation que fait l'héritier bénéficiaire est plutôt un abandon des biens qu'il fait aux créanciers, qu'une vraie renonciation qu'il fait de la Succession, car l'acceptation qu'il a faite de la Succession, quoique sous bénéfice d'inventaire, l'ayant rendu héritier, il ne peut plus se dépouiller de cette qualité, *qui semel hæres, semper hæres*; il est vrai qu'en abandonnant les biens, & d'ailleurs n'étant point tenu, en conséquence du bénéfice d'inventaire, des obligations du défunt; il ne conserve qu'un vain nom & un vain titre d'héritier, *nudùm nomen & vanum titulum hæredis*; mais néanmoins on ne peut pas dire qu'il ne soit pas héritier.

De-là naît la question de savoir, si l'enfant héritier bénéficiaire qui a renoncé, demeure sujet envers ses cohéritiers, au rapport de ce qui lui a été donné par le défunt? Je pense qu'on doit décider contre l'avis de le Brun qu'il y demeure sujet, la raison est que cette renonciation, comme nous venons de le dire, n'est qu'un abandon des biens de la Succession qui ne le dépouille pas de la qualité d'héritier dont il s'est revêtu par son acceptation, quoique faite sous bénéfice d'inventaire, & ne le décharge pas, par conséquent, de l'obligation du rapport attachée à cette qualité; les termes de la loi *scimus* qu'oppose le Brun qui est d'un avis contraire au nôtre, *nihil ex substantiâ suâ penitùs amittant*, n'ont rapport qu'aux créan-

ciers de la Succeſſion à qui la Loi ne permet pas de ſe venger ſur les propres biens de l'héritier, cette Loi n'a été faite que pour décharger l'héritier envers les créanciers & les légataires, elle doit donc ſe terminer là & elle ne doit donc point s'étendre à décharger l'héritier de l'obligation du rapport envers les cohéritiers, parce qu'elle n'a point été faite pour ce cas. Le bénéfice d'inventaire conſiſte à établir une ſéparation de la perſonne, de l'héritier & de la Succeſſion, & à ne charger des dettes de la Succeſſion, que la Succeſſion, & non la perſonne de l'héritier; mais l'obligation du rapport n'eſt pas une obligation de la Succeſſion, mais une obligation propre de l'héritier quoiqu'elle dépende de la condition de ſon acceptation de la Succeſſion, & par conſéquent, l'héritier en peut être tenu ſur ſes propres biens, nonobſtant l'abandon qu'il a fait de ceux de la Succeſſion. Ajoutez que ce rapport qui établit l'égalité entre les enfans eſt extrêmement favorable dans le Pays coutumier, pluſieurs de nos Coutumes l'ayant établie même dans le cas d'une véritable renonciation à la Succeſſion. Enfin notre opinion ſe trouve autoriſée par un arrêt de 1682 qui eſt au Journal du Palais.

Il n'en eſt pas de même de l'enfant qui ſe fait reſtituer contre l'acceptation de la Succeſſion. Voyez la différence au Chapitre ſuivant.

§. IX.

Contre quels Créanciers le bénéfice d'inventaire a-t-il lieu ?

Le bénéfice d'inventaire a lieu contre quelques créanciers que ce ſoit.

L'Ordonnance de Rouſſillon de l'an 1563. Art. 16. en a excepté le Roi, en défendant que les héritiers des comptables puſſent ſe ſervir de ce bénéfice pour ce que le défunt devoit au Roi; la raiſon en eſt que le Roi n'eſt pas cenſé accorder contre lui-même le bénéfice de l'inventaire.

Les arrêts ont étendu le cas de cette Ordonnance à celui des Succeſſions des commis des comptables.

On l'a auſſi étendu par l'arrêt de Baſtard de 1618 à la Succeſſion d'un Receveur des conſignations. L'arrêt eſt rapporté par Brodeau. L. H. n. 18.

Les héritiers de ces perſonnes ne ſont exclus du bénéfice d'inventaire que pour ce que le défunt devoit pour raiſon de ſon emploi, ils peuvent le faire valoir contre les autres créanciers.



ARTICLE III.

De la préférence que les Coutumes donnent à l'acceptation pure & simple, sur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

§. I.

Origine de cette préférence, & sur quoi elle est fondée.

C'est un Droit anciennement établi dans le Pays coutumier, que le parent quoiqu'en degré plus éloigné, qui offre accepter purement & simplement la Succession d'un défunt, est préféré au parent en degré plus proche que lui qui l'a acceptée sous bénéfice d'inventaire.

C'est ce qui paroît par ce qu'en dit Masuer, *si ille qui est proximior vult succedere per beneficium inventarii, alius existens in ulteriore gradu volens succedere simpliciter, præfertur favore defuncti creditorum & legatariorum.*

Beaucoup de Coutumes en parlent, celles de Paris & d'Orléans ont des dispositions pour le limiter, & le supposent par conséquent, comme un droit anciennement établi.

C'est pourquoi il y a lieu de penser que cette préférence doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

A l'égard des provinces régies par le Droit écrit, ce Droit qui est de pure institution françoise, n'y est pas en usage.

Il faut convenir que ce Droit est fort bizarre, & qu'il paroît injuste qu'un parent soit privé d'une Succession qui lui est déférée par la Loi, par un parent plus éloigné, pour avoir usé d'un bénéfice qui lui étoit présenté par la Loi même.

Masuer dont nous avons ci-dessus rapporté le texte, nous apprend les raisons sur lesquelles il est fondé, c'est, dit-il, *favore defuncti, creditorum, & legatariorum.*

1°. *Favore defuncti*, on a trouvé que l'acceptation pure & simple faisoit beaucoup plus d'honneur à la mémoire du défunt qu'une acceptation faite sous bénéfice d'inventaire. Lorsque la Succession du défunt n'est acceptée que sous ce bénéfice, comme c'est le propre caractere de ce bénéfice de faire considérer la Succession séparément de la personne de l'héritier, de séparer les biens & les dettes de la Succession des biens & des dettes de l'héritier; les créanciers peuvent subhaster & décréter les biens de la Succession comme biens du défunt, & comme pour les dettes du défunt, ce qui est flétrissant pour la mémoire du défunt. Cette flétrissure n'est pas à craindre lorsque la Succession du défunt a été acceptée purement & simplement, car par cette acceptation pure & simple, les biens du défunt deviennent les biens de l'héritier, c'est pourquoi si les créanciers font saisir & vendre

& vendre les biens; ce n'eſt plus les biens du défunt, ce ſont ceux de l'héritier qui ſont ſaiſis, ce n'eſt plus pour les dettes du défunt qui ſont dévenues celles de l'héritier, c'eſt pour les dettes de l'héritier qu'ils ſont vendus. L'honneur du défunt qui n'eſt plus en nom, eſt à couvert; cette acceptation pure & ſimple eſt donc bien plus avantageuſe à ſa mémoire, celui qui accepte la ſucceſſion de cette maniere eſt donc bien plus digne de la Succeſſion, que celui qui a recours au bénéfice d'inventaire; l'honneur qu'il fait à la mémoire du défunt, l'emporte ſur la proximité du degré. C'eſt le vœu naturel de tous les honnêtes gens que leurs dettes ſoient acquittées, on doit préſumer que tel étoit le vœu du défunt, & par conſéquent, s'il eût pu être interrogé, lequel il préféreroit pour héritier, ou de celui qui, par une acceptation pure & ſimple, aſſureroit l'acquittement de ſes dettes, ou de celui qui, par le bénéfice d'inventaire, les mettroit en riſque de n'être pas acquittées, il n'eſt pas douteux qu'il eût préféré pour héritier celui qui accepteroit purement & ſimplement; la Loi qui, en déférant les Succeſſions, ne fait que ſuppléer à la volonté des défunts, doit donc auſſi le préférer.

2°. *Favore creditorum*, des créanciers de bonne foi, méritent qu'on leur ſubvienne, & par conſéquent qu'on préfere pour héritiers ceux qui, par une acceptation pure & ſimple, aſſurent le paiement de leurs créances.

3°. *Favore legatariorum*, dit Maſuer. Comment cela? Car, quoique l'acceptation ſoit pure & ſimple, leurs legs ne ſeront pas acquittés, s'il ne ſe trouve pas ſuffiſamment de quoi les acquitter dans les biens de la Succeſſion, en quoi les légataires ſont différens des créanciers, cela eſt vrai, mais nonobſtant cela, l'acceptation pure & ſimple de l'héritier eſt plus avantageuſe aux légataires, parce que, tant que l'héritier pur & ſimple ne juſtifie pas qu'il n'y a pas de quoi payer les legs dans les biens de la Succeſſion, qu'il ne les abandonne pas aux légataires, il peut être contraint au paiement même ſur ſes propres biens, au lieu qu'on ne peut ſe venger ſur ceux de l'héritier bénéficiaire.

§. II.

Quels héritiers bénéficiaires peuvent être exclus par les héritiers purs & ſimples.

Il n'y a que les héritiers de la ligne collatérale qui puiſſent être exclus de la ſucceſſion par un héritier ſimple.

Les Coutumes de Paris, art. 342, & d'Orléans, art 348, s'expliquent ainſi: *l'héritier en ligne directe, qui ſe porte héritier par bénéfice d'inventaire, n'eſt exclus par autre parent qui ſe porte héritier ſimple.*

La raiſon de différence entre les enfans & les collatéraux eſt ſenſible; nos biens ne ſont pas dûs à nos collatéraux; la Succeſſion d'un collatéral eſt une bonne fortune; la Loi peut donc dans cette ſucceſſion pré-

férer celui qui fait le bien des créanciers de la ſucceſſion, & qui fait le plus d'honneur à la mémoire du défunt, mais elle ne peut pas de même priver les enfans d'une Succeſſion qui leur eſt due par la loi naturelle.

Quoique cette raiſon ne milite pas à l'égard des aſcendans, néanmoins la Succeſſion de leurs enfans qui leur eſt déférée *in ſolatium orbitatis* eſt ſi favorable, qu'ils ne doivent pas en être exclus par un héritier pur & ſimple, lorſqu'ils l'ont acceptée ſous bénéfice d'inventaire. On ne doit pas leur faire perdre le corps & les biens, comme on dit vulgairement, *afflicto non debet addi afflictio.*

Cette diſtinction entre la ligne directe & la collatérale eſt fondée ſur des raiſons ſi naturelles & ſi favorables, qu'elle doit être ſuppléée dans les Coutumes qui préferent indiſtinctement l'héritier ſimple au bénéficiaire. C'eſt l'avis de le Brun.

Dans les Coutumes qui ne ſe ſont point du tout expliquées ſur cette excluſion, & où elle n'a lieu que comme étant le Droit commun du Pays Coutumier, il n'eſt pas douteux qu'elle n'a pas lieu à l'égard des héritiers de la ligne directe, c'eſt ce qui a été jugé pour la coutume de Troyes, par Arrêt rapporté par Dufreſne au Journal des Audiences, & pour la Coutume de Poitou, par Arrêt rapporté par Montholon.

L'héritier contractuel, quoique collatéral, ne doit pas être ſujet à l'excluſion, car la Succeſſion lui étant due par la loi de ſon contrat de mariage, on ne doit pas l'en dépouiller. Il y a néanmoins quelques Coutumes qui décident qu'il peut être exclus.

§. III.

Quelles perſonnes peuvent exclure l'héritier bénéficiaire, en ſe portant héritiers ſimples.

Il n'eſt pas néceſſaire, pour pouvoir exclure l'héritier bénéficiaire, d'être parent en égal degré que lui, ni d'être appelé conjointement avec lui à la Succeſſion; un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, en offrant d'être héritier pur & ſimple, peut l'exclure.

C'eſt ce qui paroît par le Texte de Maſuer ci-deſſus rapporté, *alius exiſtens in ulteriore gradu.*

Pluſieurs Coutumes s'en expliquent expreſſément, comme Melun, Péronne, Lille, Nivernois, &c. Nos Coutumes de Paris & d'Orléans ne le diſent pas expreſſément; mais elles le ſuppoſent, en faiſant une exception à la regle à l'égard du mineur, & décidant que le mineur ne peut exclure un héritier bénéficiaire plus proche en degré; cette exception ſuppoſe la regle; que, hors le cas de minorité, le parent plus éloigné peut exclure le plus proche.

Il n'eſt pas douteux qu'un étranger ne peut pas exclure l'héritier bénéficiaire.

Quoique le ſurvivant des deux conjoints par mariage, ait droit de ſuc-

céder au prédécédé, à défaut de parens, néanmoins ce conjoint n'a pas le droit d'exclure un parent héritier bénéficiaire du défunt, en offrant d'être héritier pur & simple.

Ce n'est que par un droit singulier & pour exclure le fisc, qu'un survivant de deux conjoints qui ne sont point parens, est admis à succéder au prédécédé, à défaut de parens; quand il y en a, il est étranger à cette Succession, & ne peut point avoir le droit d'exclure les parens.

Il ne suffit pas toujours d'être parent, pour avoir ce droit; lorsqu'il s'agit d'une Succession de propres, il faut être parent de la famille à laquelle la Succession de ces propres est affectée, & quoiqu'un parent du défunt d'une autre famille ait droit de succéder à ces propres au défunt, au défaut des parens de la famille à laquelle ils sont affectés, néanmoins il n'a pas le droit d'exclure les parens de la famille qui se sont portés héritiers bénéficiaires; car, cette Succession des propres étant affectée à la famille d'où ces propres procédent, le parent du défunt d'une autre ligne est étranger à cette Succession; il est si étranger qu'on doutoit autrefois si, à défaut de parens de la famille, il pouvoit y succéder. Un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, peut bien exclure un parent d'un degré plus proche, mais il faut qu'il soit parent d'un même ordre de parenté, & qu'il n'y ait de différence entr'eux que dans le degré. La Coutume de Nivernois s'en explique par ces termes, *qui s'entend quand il est lignager, autrement non.*

Par une semblable raison, il a été jugé que l'héritier testamentaire, dans les Coutumes qui en admettent, qui se porte héritier sous bénéfice d'inventaire, ne peut être exclus par un parent qui se porteroit héritier pur & simple *ab intestat*, parce qu'il ne peut y avoir lieu à la Succession *ab intestat*, tant qu'il y en a une testamentaire, & que ces héritiers sont entr'eux d'un ordre différent. Néanmoins la Coutume de Berri permet cette exclusion, elle doit être restreinte à son territoire.

Il y a plus de difficulté de savoir si un héritier testamentaire peut être exclus même par un héritier du même ordre, & testamentaire comme lui? La raison de douter est que, venant à la Succession *ex expresso judicio defuncti*, il semble ne devoir pas être sujet à une exclusion fondée sur de simples raisons de convenance, & sur une présomption de la volonté du défunt qu'il auroit préféré celui qui acceptoit purement & simplement sa Succession, à celui qui l'accepteroit, sous bénéfice d'inventaire. Néanmoins le Brun pense, qu'entre héritiers testamentaires, le pur & simple doit exclure le bénéficiaire.

On demande si la sœur, en offrant d'être héritiere simple, peut exclure ses freres heritiers bénéficiaires de la Succession des fiefs. Dumoulin, en sa note sur Paris, décide qu'elle ne le peut, *non puto quod ipsa posset excludere eos adeundo simpliciter, quinimmò sufficit quod ipsi veniant ad Successionem ut ipsa sit exclusa.* Le Brun est d'avis contraire à Dumoulin, & je crois qu'il a raison; la raison qu'apporte Dumoulin prouveroit qu'un parent en degré plus éloigné ne pourroit pas exclure un plus proche, & cependant il n'est pas douteux qu'il le peut. Que si la proximité du

degré n'empêche pas l'exclusion, *à fortiori*, l'avantage de la masculinité ne doit pas l'empêcher, car cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré, puisqu'il lui cede, & qu'une fille parente en plus prochain degré est préférée au mâle plus éloigné.

Le Brun ajoute que, non-seulement, les freres peuvent être exclus par la sœur du défunt, mais qu'ils peuvent l'être par une tante & par une cousine, ce qui me paroît vrai.

La question si le parent du double lien peut être exclus par un parent du simple lien, se décide par le même principe; cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré; par conséquent, puisque la proximité du degré n'empêche pas l'héritier bénéficiaire d'être exclus par le parent plus éloigné, *à fortiori*, l'avantage du double lien n'empêche pas d'être exclus par un parent du simple lien.

La regle que le parent plus éloigné qui se porte héritier simple, exclut le parent le plus proche héritier bénéficiaire, reçoit une exception à l'égard des mineurs; les Coutumes de Paris & d'Orléans disent que le mineur qui se porte héritier simple, ne peut exclure l'héritier par bénéfice d'inventaire qui est en plus proche degré.

La raison pour laquelle on a donné, à cet égard, moins de droit au mineur qu'au majeur, est facile à appercevoir; c'est que le mineur ayant le bénéfice de la restitution contre l'acceptation qu'il feroit de la Succession; son acceptation, quoique pure & simple, ne rendroit la condition des créanciers guères meilleure, & n'assureroit guères mieux l'acquittement des dettes que l'acceptation bénéficiaire; on ne doit pas donc lui accorder si facilement la préférence sur l'acceptation bénéficiaire.

Que si le mineur offroit donner caution aux créanciers qu'il ne reviendroit point par Lettres de rescision, contre son acceptation pure & simple, il a été jugé qu'en ce cas, il devoit être reçu à exclure l'héritier bénéficiaire en degré plus proche, la raison est que la caution réparant, en ce cas, ce défaut de sa minorité, son acceptation pure & simple assurant également, en ce cas, l'acquittement des dettes de la Succession, comme l'assureroit l'acceptation faite par un majeur, il doit avoir le même droit que le majeur.

La Coutume, en défendant au mineur d'exclure l'héritier bénéficiaire plus proche, permet tacitement qu'il puisse exclure celui qui est en pareil degré que lui; car, quoique son acceptation ne rende guères meilleure la condition des créanciers, on ne peut néanmoins disconvenir que cette acceptation fait autant d'honneur au défunt qu'une acceptation bénéficiaire, & par conséquent, *cæteris paribus*, elle doit prévaloir.

Suffiroit-il au mineur héritier simple, d'être en pareil degré par le secours de la représentation, pour exclure l'héritier bénéficiaire? Je pense que non: la Coutume défend qu'il puisse exclure l'héritier bénéficiaire *qui est en plus proche degré*, il suffit que cet héritier bénéficiaire soit réellement *au plus proche degré*, pour ne pouvoir être exclus.

Il reste à observer sur cette matiere, qu'il a été jugé par Arrêt rapporté par Brodeau, let. H. n. 1, que les créanciers d'un parent qui avoit eu

droit, en se portant héritier simple, d'exclure un héritier bénéficiaire plus proche, & qui ne veut pas user de ce droit, ne peuvent plus l'exercer pour lui; on a regardé ce droit de défendre l'honneur du défunt comme personnel aux parens, & comme ne pouvant être exercé par d'autres, d'ailleurs on ne peut pas dire que ce soit en fraude de ses créanciers que cet héritier refuse d'accepter la Succession purement & simplement, puisqu'il s'en trouve d'autres qui jugent nécessaire la précaution du bénéfice d'inventaire.

§. IV.

Quand & comment l'héritier simple exclut-il l'héritier bénéficiaire, & comment l'héritier bénéficiaire peut-il éviter l'exclusion?

Notre Coutume, art. 340, prescrit le tems d'un an aux parens, pour se porter héritiers simples, à l'effet d'exclure l'héritier bénéficiaire; & elle fait courir ce tems, *du jour de l'appréhension sous bénéfice d'inventaire*; c'est-à-dire, comme d'autres Coutumes s'expliquent, du jour que l'héritier bénéficiaire a présenté & fait entériner ses lettres.

La plupart des Coutumes qui se sont expliquées sur ce tems ont prescrit le même délai d'un an, sauf celle de Béarn, qui le limite à six mois; c'est pourquoi je pense que ce terme d'un an doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur le tems, pendant lequel les parens seroient recevables à exclure, comme étant le droit le plus commun.

Ce droit d'exclure l'héritier bénéficiaire étant une espece de retraite de la Succession que l'héritier simple exerce sur l'héritier bénéficiaire, la Coutume a prescrit, pour l'exercer, le même délai d'un an qui a lieu pour les retraits.

Il ne suffit pas, pour exclure l'héritier bénéficiaire, que le parent qui le veut exclure, déclare, dans ledit terme d'un an, qu'il se porte héritier simple, il faut, outre cela, que dans ledit terme, il signifie cette déclaration à l'héritier bénéficiaire; c'est ce qui est prescrit par notre article 340.

L'héritier bénéficiaire à qui cette déclaration est signifiée, doit, s'il veut conserver la Succession, renoncer au bénéfice d'inventaire, & se déclarer héritier simple.

La Coutume d'Orléans, art. 341, lui donne le terme de 40 jours, pour renoncer à ce bénéfice, à compter du jour qu'un autre *sera apparu héritier simple*; c'est-à-dire du jour qu'un autre lui aura signifié qu'il se portoit héritier simple.

Ce terme de 40 jours n'est pas fatal, pour que l'héritier bénéficiaire, qui, dans ce terme de 40 jours, n'a pas renoncé au bénéfice d'inventaire, soit exclus, il faut que celui qui veut l'exclure, l'assigne, après l'expiration des 40 jours, devant le Juge du lieu où la Succession est

ouverte, & obtienne une sentence qui le déclare déchu de la Succession.

Jusqu'à cette Sentence de déchéance, il est toujours permis à l'héritier bénéficiaire, quoiqu'après les 40 jours expirés, de conserver la Succession, en déclarant qu'il renonce au bénéfice d'inventaire, & qu'il se porte héritier simple.

M. Beauharnois pensoit que cet héritier, même après la Sentence d'échéance, en interjetant appel de cette Sentence, avoit la même faculté sur l'appel, en refondant les dépens; le contraire a néanmoins été jugé par Sentence du 3 Décembre 1667.

Dans les autres Coutumes qui ne se sont point expliquées sur le délai qu'auroit l'héritier bénéficiaire, pour délibérer s'il conserveroit la Succession, en renonçant à son bénéfice, ce délai doit être accordé à l'arbitrage du Juge devant qui cet héritier bénéficiaire aura été assigné par celui qui le veut exclure.

§. V.

De l'effet de l'exclusion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier simple.

Comme tout héritier, parmi nous, doit être censé avoir été saisi de la Succession, dès l'instant de la mort du défunt, suivant notre regle, *le mort saisit le vif*, il s'ensuit que l'héritier bénéficiaire qui est exclus, doit être censé n'avoir jamais été héritier, & avoir possédé sans droit de propriété les biens de la Succession, & qu'au contraire l'héritier simple qui l'a exclus, doit être censé avoir été saisi des droits & biens de la Succession, dès l'instant de la mort du défunt, sur le refus de l'héritier bénéficiaire de se porter héritier simple, auquel refus on donne un effet rétroactif au tems de l'ouverture de la Succession.

L'héritier bénéficiaire qui a été exclus par l'héritier simple, est censé, à la vérité, n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la Succession, mais on ne peut pas disconvenir qu'il en ait été au moins administrateur, & qu'il n'ait eu le pouvoir d'un administrateur, jusqu'à ce que l'héritier simple se soit présenté.

De-là il suit que ce qu'il a fait par rapport aux biens de la Succession, pendant ce tems, doit être entretenu & valable, lorsque ce qu'il a fait n'excéde pas les bornes d'une administration, & qu'au contraire, tout ce qu'il a fait, & qui excéde les bornes d'une administration, n'est pas valable; par exemple, les paiemens qui ont été faits à l'héritier bénéficiaire, jusqu'au tems de son exclusion, sont valables, quand même cet héritier bénéficiaire seroit devenu insolvable, pareillement les baux qu'il a faits des héritages de la Succession, les marchés qu'il a faits pour les réparations qui étoient à faire, sont valables, pouvu que ces marchés & ces baux aient été faits sans fraude, car exiger ce qui est dû par les débiteurs, faire des baux, faire des marchés, sont toutes choses qui sont

d'adminiſtration, & qui n'excédent point le pouvoir d'un adminiſtrateur.

Il n'eſt pas douteux non plus que la vente des choſes périſſables & des fruits, faite par l'héritier bénéficiaire, eſt valable; car la vente de ces choſes appartient encore à l'adminiſtration.

Il ſemble qu'il n'en eſt pas de même de la vente des autres meubles de la Succeſſion; cette vente ſemble paſſer les bornes d'une adminiſtration, ſuivant la Loi 63, ff. de procurat. *Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles, vel immobiles, ſine ſpeciali mandato alienare poteſt; niſi fructus, aut alias res quæ facilè corrumpi poſſunt.* C'eſt pourquoi, s'il les a vendus de gré à gré, il y a lieu de ſoutenir que l'héritier ſimple qui l'a exclus pourroit revendiquer ces choſes ſur les détenteurs entre les mains deſquels il les trouveroit, ce qui peut néanmoins ſouffrir quelque difficulté.

Que ſi l'héritier bénéficiaire a fait vendre les meubles par vente publique, la foi publique de cette vente met les acheteurs & ceux qui leur auroient ſuccédé à couvert de toute action de la part de l'héritier pur & ſimple, qui n'a d'autre droit, en ce cas, que de ſe faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire.

Pareillement les immeubles de la Succeſſion qui ont été vendus par décret ſur l'héritier bénéficiaire, ne peuvent être revendiqués par l'héritier pur & ſimple qui l'a exclus; le décret a purgé le droit de propriété de cet héritier pur & ſimple, qui n'a plus d'autre droit que celui de ſe faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire. On ne peut pas dire que le décret fait ſur l'héritier bénéficiaire, ait été fait *ſuper non domino;* car cet héritier bénéficiaire, s'il n'étoit pas vrai propriétaire, au moins il étoit propriétaire putatif & poſſeſſeur *animo domini*, ce qui ſuffit pour que le décret fait ſur lui ſoit valable.

Que ſi l'héritier bénéficiaire avoit vendu, ſans décret, un immeuble de la Succeſſion, il n'eſt pas douteux que l'héritier pur & ſimple qui l'a exclus, pourroit le revendiquer. Le Brun penſe néanmoins qu'il ne le pourroit pas, ſi ce n'eſt dans le cas où le prix auroit été diſſipé par l'héritier bénéficiaire exclus, qui ſeroit devenu inſolvable; que s'il eſt ſolvable, il penſe que l'héritier ſimple ne doit avoir qu'une action contre lui, pour ſe faire reſtituer le prix. Je ne vois pas ſur quoi ce ſentiment de le Brun peut être fondé, je ne vois pas non plus que l'emploi du prix fait pour acquitter les dettes de la Succeſſion, doive exclure l'héritier ſimple de ſon action de revendication; cet emploi oblige ſeulement à tenir compte du prix qui a été ainſi employé.

A plus forte raiſon l'héritier ſimple peut-il revendiquer ce qui a été donné par le bénéficiaire exclus, car rien ne paſſe plus les bornes de l'adminiſtration que la donation.

C'eſt pourquoi je penſe que l'héritier ſimple auroit la revendication même des choſes mobilières de la Succeſſion que l'héritier bénéficiaire auroit données, s'il les trouvoit entre les mains de quelqu'un.

Le Brun eſt néanmoins d'avis contraire, & penſe qu'il n'a d'action que contre l'héritier bénéficiaire, pour s'en faire payer la valeur; mais je ne vois pourquoi la revendication lui ſeroit refuſée.

De ce que l'héritier bénéficiaire qui est exclus, est censé n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la Succession ; il suit encore que, s'il a désavoué le Seigneur d'où relevent des Fiefs de la Succession, ou, s'il l'a outragé, il n'a pu les commettre, car il n'y a que le vrai propriétaire du Fief qui puisse le commettre; c'est pourquoi le Seigneur ne pourra refuser d'investir l'héritier pur & simple qui se présentera à la foi pour ses Fiefs, & de lui donner main-levée des saisies qu'il en aura faites.

L'héritier bénéficiaire étant exclus de la succession par l'héritier simple, doit lui rendre compte de tout ce qui lui en est parvenu.

Ce compte doit être composé en recette & en mise, comme celui qu'un héritier bénéficiaire rend aux créanciers, lorsqu'il juge à propos d'abandonner les biens de la Succession.

Le Brun y trouve une différence; il pense que l'héritier bénéficiaire qui doit compter aux créanciers des fruits & revenus des biens de la Succession, lorsqu'il les leur abandonne, n'en doit point compter à l'héritier pur & simple par lequel il est exclus, parce que cet héritier bénéficiaire est, vis-à-vis de lui, un possesseur de bonne foi des biens de la Succession, qui avoit titre pour en jouir, jusqu'à ce que cet héritier simple fût apparu, & qui, en cette qualité de possesseur de bonne foi, doit gagner les fruits ; c'est aussi l'avis de le Maître. Ce sentiment me paroît contraire aux principes de droit; ce n'est que dans l'action de revendication des choses particulieres que le possesseur de bonne foi n'est pas tenu de la restitution des fruits; dans l'action de pétition d'hérédité, telle qu'est l'action qu'a l'héritier pur & simple contre l'héritier bénéficiaire qu'il a exclus ; le possesseur, quoiqu'il ait été de bonne foi, est tenu de compter des fruits dont il a profité, suivant cette regle, *post Senatûs Consultum enim, omne lucrum offerendum esse tàm bonæ fidei possessori, quàm prædoni dicendum est. L.* 28, *ff. de petit. hæred.* Et suivant ce qui est dit ailleurs, *fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint. L.* 20, §. 3, *ff. D. Tit. adde. L.* 56, *ff. D. T. & passìm.* Toute la différence qu'il y a entre le possesseur de bonne foi & l'autre possesseur, c'est que le possesseur de bonne foi n'est tenu de tout ce qui lui est parvenu de la Succession, que jusqu'à concurrence de ce qu'il en est devenu plus riche, au lieu que l'autre possesseur en est tenu indistinctement.

Observez que l'héritier bénéficiaire qui est exclus par l'héritier simple, n'est pas dans le même cas du possesseur de bonne foi d'une hérédité dont parlent les Loix; elles parlent d'un possesseur qui avoit juste sujet de croire que l'hérédité lui appartenoit, & qui n'avoit aucun sujet de soupçonner qu'il dût paroître un autre héritier à qui il devoit la rendre, comme seroit, par exemple, un héritier institué par un testament, qu'on croyoit le dernier testament du défunt, & qui s'est trouvé détruit par un postérieur qui a paru depuis, & dont on n'avoit point de connoissance; tel est un parent qui s'est cru le plus proche en degré de succéder, ignorant qu'il y en avoit un plus proche qui étoit absent, & qu'on avoit peut-être même cru mort; dans ces cas & autres semblables, on n'impute point

point au possesseur de bonne foi d'une hérédité, d'avoir dissipé ce qui lui est parvenu d'une Succession qu'il croyoit son bien, & dont il n'avoit pas sujet de croire être obligé jamais d'en rendre compte à personne; au lieu que l'héritier bénéficiaire savoit ou devoit savoir la loi qui permet aux autres parens de l'exclure, en se portant héritiers purs & simples dans l'année; il savoit donc que, pendant l'année, il n'avoit point un droit incommutable, &, par conséquent, il étoit obligé de conserver les biens de la Succession à ceux qui pouvoient se porter héritiers simples.

Le Brun agite une question de savoir si un héritier bénéficiaire qui a retiré, par un retrait féodal, un Fief mouvant d'une Seigneurie de la Succession, peut se dispenser de rendre ce Fief à l'héritier pur & simple qui offre de lui rendre ce qu'il lui en a coûté pour le retrait; il décide contre l'héritier pur & simple, ce qui me paroît fort mal décidé; car il n'a pu exercer ce retrait féodal qu'en qualité d'héritier bénéficiaire, & par conséquent, au nom & pour le compte de la Succession bénéficiaire; cet héritage retiré féodalement appartient donc à la Succession, est une espece de fruit & d'émolument de cette Succession, qui, par conséquent, doit être restituée à l'héritier pur & simple.

L'héritier bénéficiaire, par l'exclusion que lui donne l'héritier simple, étant censé n'avoir jamais été vrai héritier, mais seulement un administrateur des biens de la Succession, obligé à un compte, tant envers celui qui se porteroit héritier simple, qu'envers les créanciers, il s'ensuit que l'héritier simple doit avoir une hypothéque pour ce compte, semblable à celle des créanciers de la Succession dont la date doit être du jour qu'a commencé l'administration de cet héritier bénéficiaire, c'est-à-dire du jour qu'il s'est mis en possession de la Succession.

SECTION IV.

De la répudiation des Successions.

La faveur de nos contrats de mariage y a fait admettre des renonciations à des Successions futures; ce n'est pas de celles-ci dont nous traiterons ici; nous en avons traité au chapitre 1er sect. 2 art. 4.

La répudiation des Successions dont il est ici question, est un acte par lequel celui à qui une Succession est déférée, déclare la volonté qu'il a de la répudier.

§. I.

Par qui une Succession peut-elle être demandée?

Ceux à qui une Succession est déférée, peuvent la répudier; pourvu qu'ils soient personnes capables d'aliéner; car, quoique la répudiation d'une Succession ne soit pas une aliénation proprement dite, celui qui répudie

une Succession omettant d'acquérir plutôt qu'il n'aliene, *non alienat qui omittit hæreditatem;* néanmoins, comme celui qui répudie se préjudicie, & se prive de la faculté qu'il avoit de pouvoir accepter une Succession avantageuse, cette répudiation de Succession ressent l'aliénation, & ne doit être permise qu'aux personnes qui sont capables d'aliéner.

Suivant ces principes, un mineur ne peut valablement répudier une Succession, sans l'autorité de son tuteur.

Un enfant & un insensé le peuvent encore moins; car cet acte renferme une volonté qui ne se trouve point dans ces personnes; une femme sous puissance de mari ne peut aussi, suivant notre principe, répudier les Successions qui lui sont déférées, sans y être autorisée par son mari.

On peut répudier une Succession par soi-même ou par un autre, comme par un Procureur fondé d'un pouvoir spécial pour cela.

Un tuteur peut répudier une Succession déférée à son mineur; un curateur peut répudier celles déférées à ceux qui sont sous sa curatelle.

Il est d'usage que les tuteurs & curateurs prennent la précaution de se faire autoriser, pour cela, par un avis de parens assemblés devant le Juge.

Le mari étant le Seigneur des droits mobiliers de sa femme, peut répudier une Succession déférée à sa femme, qui ne consisteroit qu'en mobilier.

Que s'il y avoit des immeubles dans cette Succession, il ne pourroit la répudier sans le consentement de sa femme.

Lorsqu'un héritier est mort sans s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation de la Succession qui lui étoit déférée, les héritiers de cet héritier peuvent ou l'accepter ou la répudier, comme il l'auroit pu. Voyez à la Section précédente, art. 1er §. 2.

§. II.

Quand peut-on répudier une Succession?

Hors le cas des contrats de mariage dans lesquels la Jurisprudence a admis qu'on pût renoncer aux Successions futures, on ne peut répudier une Succession qu'après qu'elle est déférée. C'est ce qui résulte de cette regle de Droit prise de la nature, *quod quis, si velit habere non potest, id repudiare non potest. L.* 174, §. 1, *ff. de R. jur.*

Suivant ce même principe, de même que pour accepter une Succession, il ne suffit pas qu'elle nous soit déférée, & qu'il faut de plus que nous ayons connoissance qu'elle nous est déférée, suivant que nous l'avons vu, sect. 3, art. 1, §. 3; de même il faut avoir connoissance qu'elle nous est déférée, pour pouvoir valablement la répudier; c'est ce qu'enseigne *la Loi* 23, *ff. de acq. hæred. in repudiandâ hæreditate, vel legato, certus esse debet de suo jure, is qui repudiat;* d'où Ulpien conclut, *si quis dubitet an vivat testator necne, repudiando nil agit.*

De-là il suit que les parens d'un degré ultérieur ne peuvent, valablement, répudier une Succession avant que ceux qui les précédent dans l'ordre de succéder, l'aient eux-mêmes répudiée, parce que, jusqu'à ce tems, il est incertain si elle leur sera déférée.

On ne peut plus répudier une Succession, après qu'on l'a acceptée; mais il est toujours tems de la répudier, quelque long tems qui se soit écoulé, tant que nous n'avons fait aucun acte d'héritier, ni pris la qualité d'héritier.

§. III.

Comment répudie-t-on une Succession?

Par le Droit Romain, suivant *la Loi 95, ff. acq. hæred.*, une Succession pouvoit être répudiée, *quovis judicio voluntatis*. Ce principe n'est pas admis parmi nous; *est majoris momenti*, dit d'Argentré sur la Coutume de Bretagne, *quàm ut actibus tacitis colligi renuntiatio possit*.

C'est pourquoi, suivant notre Droit, les renonciations aux Successions ne peuvent se faire que par un acte pardevant Notaire, ou par un acte au Greffe, ou par une déclaration faite en Justice dont le Juge donne acte.

Celui qui répudie une Succession, peut faire seul cet acte, sans être obligé d'y appeller, ni ses créanciers ou légataires, ni ses cohéritiers ou autres auxquels le droit qu'il répudie est dévolu par sa renonciation; il suffit que le Notaire, ou le Greffier, ou le Juge lui donne acte de la déclaration qu'il fait qu'il répudie la Succession.

§. IV.

De l'effet de la répudiation d'une Succession; & à qui le droit du renonçant accroît ou est dévolu.

Celui qui répudie une Succession, perd absolument la faculté qu'il avoit de l'accepter, & il n'y peut plus, dorénavant revenir que par la voie de la restitution en entier dans le cas auquel elle peut être accordée.

Celui qui répudie une Succession n'a jamais succédé au défunt; mais il demeure toujours vrai que la Succession du défunt lui a été déférée, & la part qui lui étoit déférée & qu'il a répudiée, accroît à ses cohéritiers s'il en a; c'est-à-dire, à ceux qui étoient appelés conjointement avec lui à cette Succession, lesquels, sur son refus, sont censés saisis immédiatement par le défunt, de de la portion répudiée.

Cette part accroît *sans prérogative d'aînesse*, suivant les art. 310 de Paris, & 359 d'Orléans.

§. V.

Comment cela s'entend-il?

Dans les Successions collatérales, lorsqu'un héritier mâle répudie la Succession, sa part dans ses biens féodaux accroît à ses cohéritiers mâles, s'il y en a, préférablement aux filles; car il n'y a qu'eux qui soient ses cohéritiers pour cette espece de biens dont la Succession n'est déférée aux filles qu'à leur défaut.

Dans les Successions qui sont déférées par souches, lorsqu'un des héritiers d'une Souche répudie la Succession, sa part accroît à ceux de la même souche, préférablement à ceux des autres souches; car ce sont ceux qui sont de ma souche qui sont proprement mes cohéritiers. Les cohéritiers des autres souches sont les cohéritiers de ma personne, plutôt que de ma souche, & ils n'ont rien à prétendre dans ce qui est déféré à ma souche, tant qu'il reste quelqu'un de cette souche qui vient à la Succession.

Lorsque le renonçant n'a point de cohéritiers, son droit en la Succession est dévolu aux parens du degré suivant, lesquels, sur son refus, sont réputés en être saisis immédiatement par le défunt du jour de l'ouverture de la Succession.

Lorsque le défunt a laissé différens héritiers à différentes especes de biens, l'héritier d'une espece de biens, *putà*, des propres paternels, n'est point cohéritier avec celui qui est appelé à la Succession d'une autre espece de biens, *putà* des propres maternels; c'est pourquoi si l'un d'eux répudie la Succession; *putà* l'héritier des propres maternels, son droit n'accroîtra point à l'héritier des propres paternels, qui n'est point son cohéritier pour cette Succession, à laquelle il n'est point du tout appelé; mais il sera dévolu aux parens du degré suivant de la ligne du renonçant.

SECTION V.

Du tems accordé à l'héritier pour délibérer sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation des Successions.

Il est juste que l'héritier présomptif à qui une Succession est déférée, ait un tems suffisant pour s'instruire des forces de la Succession, & pour délibérer & se conseiller sur le parti qu'il doit prendre de l'acceptation ou de la répudiation.

D'un autre côté, il est juste que l'héritier présomptif, après qu'il aura eu un tems suffisant pour s'instruire & prendre son parti, puisse être obligé par les créanciers & légataires de la Succession, à prendre qualité & à déclarer s'il accepte ou répudie la Succession, afin que ses créanciers & légataires puissent être payés.

L'ordonnance de 1667 a fixé ce tems. Elle veut que, du jour que la mort du défunt est connue, les héritiers, c'est-à-dire ceux qui sont appellés à la Succession, aient le tems de trois mois pour faire l'inventaire des meubles, titres & enseignemens de la Succession, & quarante jours, depuis que cet inventaire est achevé, pour délibérer sur le parti qu'ils prendront.

Lorsque l'héritier a achevé l'inventaire avant les trois mois qui lui sont accordés, le délai de quarante jours commence à courir du jour que l'inventaire a été achevé, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration des trois mois.

Si, au contraire, l'inventaire n'étoit point achevé, lors de l'expiration des trois mois, le délai des quarante jours pour délibérer ne laisseroit pas de courir du jour de l'expiration des trois mois; car il ne doit pas dépendre de l'héritier, en négligeant de travailler à l'inventaire, de se procurer, au préjudice des créanciers & légataires, des délais plus longs que ceux que la Loi lui a voulu accorder.

Ces délais ne sont pas de jours utiles, tous les jours y sont compris, les Fêtes & les Dimanches comme les autres.

Ces délais sont accordés, tant en faveur de l'héritier, qu'en faveur des créanciers & légataires, &, en conséquence, ils ont deux effets.

Le premier effet, qui est en faveur de l'héritier, est que, tant que ces délais durent, les créanciers & légataires ne peuvent obtenir contre lui aucune condamnation.

Ils peuvent bien donner des demandes contre lui; ces demandes procédent, & ne sont pas nulles pour être données avant l'expiration des délais; mais l'héritier a une exception dilatoire qu'il peut opposer contre ces demandes, qui en arrête l'effet; savoir, qu'il est dans ses délais pour délibérer.

En conséquence de cette exception, le demandeur ne pourra plus poursuivre l'Audience, ni obtenir de condamnation jusqu'à ce que les délais soient expirés.

Les demandes données par les créanciers & légataires, avant l'expiration des délais, procédent à la vérité, & ils ne sont point obligés d'en donner d'autres après l'expiration des délais; mais ces demandes ne peuvent faire courir aucuns intérêts des sommes demandées, tant que les délais ne seront pas expirés; car les intérêts sont la peine de la demeure injuste en laquelle est le débiteur de payer. *Usuræ debentur ex morâ;* mais on ne peut pas dire que l'héritier soit en demeure, tant qu'il jouit des délais que la Loi lui accorde.

Par la même raison, si l'héritier assigné paye dans les délais, ou rapporte dans les délais sa renonciation à la Succession, il ne devra point les dépens de la demande.

Si les créanciers ne peuvent pas obtenir de condamnation pendant les délais de l'héritier, ils peuvent au moins saisir & arrêter les effets de la Succession pour leur sûreté.

Le second effet de ces délais qui est en faveur des créanciers & léga-

taires, est qu'aussi-tôt que les délais sont expirés, l'héritier présomptif est obligé, sur les demandes des créanciers & légataires, de se déterminer précisément sur le parti qu'il entend prendre, ou de défendre à la demande en qualité d'héritier, ou de rapporter une renonciation, sans que le Juge doive lui accorder d'autre délai que celui que la Loi lui a accordé.

Néanmoins, si les affaires d'une Succession étoient d'une si grande discussion & étendue, que le Juge trouvât que le délai accordé par la Loi n'auroit pas été suffisant à l'héritier pour s'instruire des forces de la Succession, le Juge pourroit, selon sa prudence, accorder à l'héritier un nouveau délai.

Même, sans cela, les choses ne se traitent pas tellement à la rigueur, que le Juge ne puisse encore accorder à l'héritier quelque court délai, en continuant la cause à huitaine ou à un autre tems, pendant lequel l'héritier sera tenu de prendre qualité précise, sinon sera fait droit sur la demande donnée contre lui. Mais les frais de ces continuations doivent être portés par l'héritier qui est en retard & en faute de n'avoir pas pris qualité dans le tems qui lui est prescrit par la Loi.

Enfin, lorsque l'héritier persévere à ne point prendre de qualité, le Juge, s'il trouve la demande du créancier ou légataire bien fondée, condamne cet héritier à payer ce qui lui est demandé, comme s'il avoit effectivement accepté la Succession.

Cette condamnation n'est pas irréparable, lorsqu'elle n'est pas prononcée par des Juges souverains ou en dernier ressort ; car l'héritier présomptif ainsi condamné, peut appeler de la Sentence, & en rapportant, sur l'appel, sa renonciation à la Succession, il fera infirmer la Sentence, & prononcer l'absolution de la demande donnée contre lui; mais il doit être, en ce cas, condamné en tous les dépens faits jusqu'au jour du rapport de sa renonciation, parce qu'il y a donné lieu par son retard à satisfaire à l'obligation où il étoit de prendre qualité dans le délai que la Loi lui a prescrit pour cela.

L'héritier est ainsi toujours à tems de rapporter sa renonciation à la Succession, & de se faire en conséquence absoudre des demandes données contre lui, en qualité d'héritier, jusqu'à ce qu'il ait été condamné par un Arrêt ou Jugement en dernier ressort contre lequel il n'y ait plus de voie d'appel ni d'opposition.

L'héritier ainsi condamné en qualité d'héritier envers un créancier & légataire, par un Jugement souverain ou en dernier ressort, est bien obligé, à cause de l'autorité de la chose jugée, à payer les sommes auxquelles il est condamné; mais il ne devient pas héritier pour cela, car il ne peut pas être héritier, sans avoir voulu l'être, selon notre regle de droit coutumier, *il n'est héritier qui ne veut.*

C'est pourquoi cette condamnation n'empêchera pas cet héritier de renoncer valablement à la Succession par la suite, vis-à-vis des autres créanciers & légataires qui ne pourront pas lui opposer l'Arrêt de condamnation qui a été rendu contre lui en qualité d'héritier, parce qu'ils

n'étoient point parties en cet Arrêt, & que c'est un principe de Droit qu'un Jugement ne fait loi qu'entre les parties entre lesquelles il a été rendu, *res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet. Passim, tit. de re judic. & tit. de exceptione rei judic.*

CHAPITRE IV.

Du Partage des Successions & des Rapports qui s'y font.

ARTICLE PREMIER.

De l'action de Partage.

LORSQUE le défunt a laissé plusieurs héritiers des mêmes biens, ces héritiers en sont saisis chacun pour leur portion indivise; ils en deviennent propriétaires & possesseurs chacun pour leur portion indivise, ce qui forme entr'eux une communauté de biens.

Cette communauté de biens qui auroit convenu aux hommes dans l'état d'innocence, ne convient pas, au moins pour toujours, aux hommes tels qu'ils sont aujourd'hui; il faut, pour entretenir la paix entre les hommes tels qu'ils sont, que chacun ait le sien séparément; c'est ce qui est établi par l'expérience & l'exemple de tous les siecles. Dès le commencement du monde, les enfans de nos premiers peres ne sont point demeurés en communauté de biens, & ont partagé la terre entr'eux, & successivement d'âge en âge, leurs enfans ont fait la même chose: c'est pourquoi la communauté de biens est un état qui, par sa nature, n'est pas durable; elle exige un partage par lequel les parties entre lesquelles elle est, en puissent sortir.

De ces principes naît l'action de partage, qui est l'action que chacun des cohéritiers a contre ses cohéritiers pour les obliger à partager les biens qui sont communs entr'eux.

§. I.

En quel cas a lieu le Partage?

Il y a lieu à l'action de partage entre les cohéritiers & leurs successeurs, tant que les biens de la Succession, ou partie d'iceux, se trouvent être par eux possédés en commun.

Il y a lieu à cette action, quelque tems qu'il y ait qu'ils possédent & jouissent en commun; car tant qu'ils jouissent & possédent en commun,

l'action de partage ne se peut prescrire, parce qu'il est de la nature même de cette communauté d'exiger le partage, comme nous l'avons vu ci-dessus, & que par la nature même de l'indivis, ils ne jouissent & possédent en commun par indivis, qu'à la charge du partage, & en attendant le partage; ne pouvant pas y avoir de communauté à toujours.

Il y a lieu à l'action de partage, quand même les cohéritiers seroient convenus entr'eux qu'ils ne pourroient jamais se provoquer à partage; car cette convention étant contraire à la nature de la communauté de biens, ne peut être valable. *Si conveniat ne omninò divisio fiat; hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. L.* 14, §. 2, *ff. comm. divid.* De-là cette regle de Droit : *nulla societatis in æternum coitio est. L.* 70, *ff. pro socio.*

Par la même raison, quand même le défunt auroit défendu, par son testament, à ses héritiers de partager ses biens, quand même il les auroit institués ses héritiers à la charge de ne les point partager, cette volonté du testateur, comme contraire à la nature de la communauté de biens, qui ne peut être à toujours, ne devroit pas être suivie, & il ne laisseroit pas d'y avoir lieu à l'action de partage.

On peut cependant valablement convenir de différer le partage jusqu'à un certain tems, pourvu qu'une raison d'utilité exige ce retard. Ainsi, *d. l.* 14, §. 2, *ff. comm. divid.*, si le testateur n'a pas défendu absolument le partage de ses biens, mais s'est contenté d'ordonner qu'il fût différé jusqu'à un certain tems, *putà* jusqu'à la majorité de l'un de ses enfans, cette disposition de sa volonté doit être suivie; la raison est que cette convention des parties, cette volonté du défunt, qui ne tend point à rendre perpétuelle la communauté des biens qui est entre les cohéritiers, mais seulement à en remettre le partage à un tems favorable, n'a rien de contraire à la nature de la communauté de biens, & qu'il est même souvent de l'intérêt commun que le partage se fasse dans un tems plutôt que dans un autre.

Dans le cas d'une pareille convention entre les cohéritiers, ou d'une pareille ordonnance de derniere volonté de la part du défunt, il n'y aura donc pas lieu à l'action de partage jusqu'au tems auquel il a plu de le différer, & si l'un des héritiers donne la demande à fin de partage, les autres pourront, par une exception dilatoire résultante de la convention des Parties ou de la disposition du testateur, arrêter l'effet de cette action, jusqu'au tems prescrit.

Cette convention, cette ordonnance de derniere volonté, différent bien l'action pour un partage définitif jusqu'au tems auquel il a plu le différer; mais je ne penserois pas qu'elles pussent empêcher l'un des cohéritiers qui se lasseroit de jouir en commun, de demander qu'il fût fait, jusqu'à ce tems, un partage provisionnel des biens de la Succession, à l'effet que chacun pût jouir séparément, jusqu'à ce tems, de la part qui lui écherroit.

Il ne doit, néanmoins, y avoir lieu à cette demande qu'au cas où il y auroit un tems un peu considérable à attendre jusqu'à celui auquel pourra

pourra se faire le partage définitif; car s'il y avoit peu de tems à attendre, on ne devroit pas engager les Parties dans les frais d'un partage provisionnel.

Il y a lieu à l'action de partage, non-seulement lorsque les cohéritiers se trouvent posséder & jouir en commun des biens de la Succession, mais même lorsque chacun d'eux se trouve jouir séparément de différens héritages de la Succession, ou lorsque l'un d'eux se trouve seul posséder le total, tant qu'on ne rapporte pas aucun acte prescrit par lequel ils aient partagé, car ils sont censés posséder ainsi les uns pour les autres, & à la charge de s'en rendre compte respectivement.

Si, néanmoins, cette jouissance & possession séparée duroit depuis trente ans ou plus, & que cela se pût prouver, soit par témoins, soit par écrit, comme par des baux qu'ils auroient faits chacun séparément des héritages qu'ils possédent séparément; en ce cas, ces cohéritiers pourroient se maintenir dans cette possession séparée, contre l'action de partage qui seroit intentée contre eux, par la prescription de 30 ans.

En ce cas l'action de partage est sujette à la prescription de 30 ans comme toutes les autres actions. Le laps de tems fait présumer qu'il y a eu un partage, & que l'acte a pu s'égarer.

Au surplus, cette prescription de 30 ans, en ce cas, comme dans tous les autres, ne court point contre les mineurs pendant leur minorité.

§. II.

Quelles personnes peuvent provoquer à partage & y être provoquées.

Il n'y a que les héritiers majeurs qui puissent provoquer leurs cohéritiers à un partage définitif d'une Succession dans laquelle il y a des immeubles; les mineurs, ni leurs tuteurs pour eux, ne le peuvent.

V. la L. 7, ff. de reb. eorum qui sub tut. vel curâ..... La Coutume de Bourges, tit. des Partages. La raison est que le partage restreignant aux seuls effets qui échoient au lot du cohéritier le droit qu'il avoit auparavant sur tous les effets de la Succession, est une espece d'aliénation du droit qu'il avoit sur les autres effets: or, tous actes qui contiennent une aliénation des immeubles des mineurs, ou qui y ressemblent, leur sont interdits, & à leurs tuteurs; d'où il suit que la demande en partage définitif qui tend à une espece d'aliénation des immeubles du mineur, ou, du moins, à quelque chose qui lui ressemble, ne peut lui être permise, ni à son tuteur.

Quoique le mineur soit émancipé, il n'a pas le droit de donner une demande à fin de partage définitif d'une Succession dans laquelle il y a des immeubles; car l'émancipation ne lui donne que le droit d'administrer ses biens, & ne le rend pas habile aux actes qui tendent à l'aliénation de ses immeubles ou à quelque chose qui y ressemble, telle qu'est la demande à fin de partage définitif, suivant que nous l'avons vu.

Mais rien n'empêche qu'un mineur, avec l'autorité de son tuteur, ou curateur, ou son tuteur pour lui, puisse demander le partage définitif des effets mobiliers d'une Succession, & un partage provisionnel des immeubles.

Le pouvoir des curateurs des insensés & prodigues ne s'étendant pas non plus à tout ce qui tend & ressemble à une aliénation des immeubles de ceux qui sont sous leur curatelle, il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas plus que les tuteurs donner l'action pour un partage définitif des immeubles d'une Succession échue à ceux qui sont sous leur curatelle; mais ils peuvent la donner pour le partage des meubles, & pour un partage provisionnel des immeubles.

Quoique ces personnes ne puissent pas provoquer leurs cohéritiers à un partage définitif des immeubles d'une Succession, elles peuvent, néanmoins, y être provoquées par leurs cohéritiers majeurs; un cohéritier majeur & usant de ses droits, peut valablement provoquer au partage définitif des immeubles ses cohéritiers mineurs ou interdits en la personne de leurs tuteurs & curateurs, & y procéder valablement avec eux. La raison de différence est que le partage de la part de celui qui le demande tient de l'aliénation volontaire, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas demander; mais de la part du cohéritier qui est provoqué à partage, le partage ne peut être considéré que comme une aliénation nécessaire, puisqu'il ne dépend pas de lui d'y être ou de n'y pas être provoqué; or, il n'y a que les aliénations volontaires qui soient interdites aux mineurs & aux interdits, la Loi n'empêche point celles qui sont nécessaires; d'où il suit qu'ils peuvent être provoqués à partage, quoiqu'ils n'y puissent pas provoquer, d'autant plus que le cohéritier ne doit pas souffrir de la condition de son cohéritier mineur, & être privé du droit qu'il a de demander le partage. *L.* 17 *Cod. de prædiis & aliis reb. min.*

Un mari peut, sans sa femme, provoquer les cohéritiers de sa femme au partage des meubles de la Succession échue à sa femme, & y être provoqué; car il est le Seigneur des actions mobilières de sa femme.

Il peut aussi, sans elle, partager provisionnellement les immeubles desdites Successions, car la jouissance des propres de sa femme lui appartient.

Mais il ne peut, sans sa femme, provoquer à un partage définitif des immeubles des Successions échues à sa femme, & les cohéritiers de sa femme ne peuvent pareillement donner la demande pour le partage définitif contre lui seul, ils doivent assigner la femme avec lui; car il n'est pas seigneur des actions immobilières de sa femme, c'est pourquoi il ne peut pas les intenter ni y défendre sans sa femme.

Que si par une clause de son contrat de mariage, les successions qui écherroient à sa femme devoient tomber en sa communauté, le mari étant seul seigneur, pendant le mariage, de tous les droits de la communauté, il pourroit sans sa femme, partager ses Successions, intenter l'action de partage, & y défendre sans elle.

Cela a lieu, quand même il y auroit clause par le contrat de mariage que la femme pourroit en cas de renonciation, reprendre tout ce qui seroit entré en communauté à causé d'elle; car, comme nous l'avons vu au traité de la Communauté, cette clause ne prive point le mari de disposer librement, seul & à son gré, de tout ce que sa femme a fait entrer en sa communauté, & la femme, en cas de renonciation, ne peut révoquer les dispositions que son mari en a faites, mais peut seulement demander à la Succession de son mari l'estimation des choses qui sont entrées à cause d'elle en communauté, & ne se trouve plus en nature dans la Succession du mari.

Il n'est pas douteux que, non-seulement, le cohéritier lui-même, mais aussi les héritiers de ce cohéritier & les autres successeurs peuvent provoquer au partage de la Succession & y être provoqués.

§. III.

Quels sont les objets de l'action de partage?

Le principal objet de l'action de partage est le partage & division des biens de la Succession. Nous verrons dans un Article particulier comment on procéde à ce partage, & quelles sont les choses qui tombent en partage ou non.

Les rapports que les héritiers doivent faire au partage sont aussi un des objets de l'action de partage. Nous en traiterons aussi des Articles particuliers.

Enfin les prestations personnelles auxquelles les cohéritiers sont obligés respectivement les uns envers les autres, sont le troisieme objet de l'action de partage.

La premiere espece de ces prestations personnelles est pour raison ce que l'un des cohéritiers a reçu à l'occasion de la Succession, soit des débiteurs de la Succession, des fermiers & locataires des biens de la Succession, de la vente des effets de la Succession, soit pour quelqu'autre cause que ce soit; en ce cas, chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part dont il est héritier, de lui demander sa part dans ce qu'il a reçu.

Que si cet héritier qui a reçu quelques sommes de quelques débiteurs ou fermiers de la Succession, avoit déclaré qu'il n'entendoit recevoir que la part qui lui appartenoit dans cette dette active ou dans cette ferme, & que la somme par lui reçue ne montât effectivement qu'à la part qu'il y avoit; ses cohéritiers en ce cas, n'auroient pas droit de lui demander qu'il leur fît part de ce qu'il a reçu, sauf à eux de se faire pareillement payer comme ils pourront par ce débiteur ou fermier de la Succession pour les parts qui leur appartiennent, & si ce débiteur ou fermier devient insolvable, ils s'imputeront de n'avoir pas été aussi vigilans que leur cohéritier, c'est ce qui résulte de *la Loi* 38, *ff. fam. ercisc.*

La seconde espece de prestation personnelle est pour raison de ce que l'un des héritiers devoit au défunt, ou doit à sa Succession, il en confond sur lui une part pour la part dont il est héritier, & il est tenu de payer le surplus à ses cohéritiers, qui ont chacun, pour la part dont il est héritier, droit de le demander par cette action de partage.

La troisieme espece de prestation personnelle est pour raison des dommages & dégradations que l'un des cohéritiers a causés par sa faute, dans les biens de la Succession; chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part qu'il a en la Succession, de demander qu'il l'en indemnise.

L'héritier est tenu à cet égard *de culpâ levi* & non *de levissimâ L.* 25, §. 16, *ff. fam. ercisc.*

La quatrieme espece de prestation personnelle est pour raison de ce qu'il en a coûté à l'un des héritiers pour les affaires de la Succession, il a droit de demander à ses cohéritiers qu'ils le remboursent chacun pour la part qu'ils ont en la Succession. Il faut, pour cela, que la dépense qu'il a faite fut utile à la Succession; car, s'il a fait une folle dépense, il ne doit point en avoir de répétition.

Au reste, il suffit que la dépense fut une dépense qui dût se faire lorsqu'il l'a faite, quoique par la suite, par quelque cas imprévu, la Succession n'en ait pas profité, pour qu'il doive en être indemnisé par ses cohéritiers, chacun pour leur part. Par exemple, s'il a fait des réparations nécessaires à des bâtimens de la Succession, quoique, par la suite & peu après, ces bâtimens aient été incendiés par le feu du ciel, ce qui a empêché la Succession de profiter des réparations qui y avoient été faites, l'héritier qui les a faites ne devra pas moins en être indemnisé par ses cohéritiers.

Il ne doit non plus être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il a dû compter; & si, par sa faute, ou par son peu de savoir, & faute de se consulter, il lui en a coûté davantage qu'il n'en auroit coûté à un prudent pere de famille, il n'a point de répétition de ce surplus.

On doit compter, parmi ce qu'il en a coûté à un héritier pour la Succession, & dont ses cohéritiers lui doivent faire raison, les droits & actions qui lui appartenoient de son chef, & qu'il a perdus à cause de la Succession. Par exemple, si le défunt avoit vendu comme chose à lui appartenante un héritage appartenant à Pierre, qui depuis est devenu l'un de ses héritiers; Pierre, en acceptant la Succession du vendeur de son héritage, par le droit qu'il avoit de le revendiquer contre l'acheteur, envers qui, comme héritier du vendeur, il devient obligé à la garantie, ses cohéritiers doivent le rembourser, chacun pour leur part, de ce que vaut ce droit de revendication qu'il perd; car la Succession en profite, se trouvant par-là libérée de l'action en garantie que l'acheteur auroit exercée contre la Succession, si Pierre eût pu exercer contre cet acheteur son action de revendication.

Voyez sur ces Prestations toute la seconde Section de la troisieme partie des Titres fam. ercisc. & com. divid. de mes Pandectes; il y a dans ces Titres

plusieurs choses qui, n'étant fondées que sur la subtile distinction des différentes especes d'actions qui avoient lieu chez les Romains, ne sont point de nos usages, & que j'ai omis pour cette raison.

ARTICLE II.

Des Rapports auxquels sont obligés les enfans qui viennent à la Succession de leurs ascendans.

Les Rapports sont un des objets des partages, car auparavant que de partager les biens d'une Succession, les copartageans qui sont obligés à quelques rapports, doivent le faire en faisant ajouter réellement ou par fiction, les choses qu'ils sont tenus de rapporter à la masse des biens de la Succession qui doivent être partagés.

§. I.

Des différentes classes des Coutumes touchant le rapport auquel sont obligés les enfans des avantages qui leur ont été faits, & quel est le droit général sur cette matiere.

Nous n'entrerons point dans le détail de toutes les différences qui se trouvent sur cette matiere entre les différentes Coutumes.

Nous nous contenterons de remarquer trois principales classes de Coutumes.

Celles de la premiere classe qui sont en petit nombre, telles que Berry, Bourbonnois, Nivernois permettent aux pere & mere de donner entre-vifs à leurs enfans, sans charge de rapport de ce qu'ils leur ont donné, lorsqu'ils viendront à leur Succession.

Celles de la seconde classe, qu'on appelle Coutumes d'égalité, obligent les enfans de rapporter à la Succession de leurs pere & mere tout ce qui leur a été donné, quand même ils renonceroient à leur Succession. Telle est la Coutume de Dunois entre toutes personnes, celles de Touraine, Anjou, le Maine à l'égard des non nobles.

Celles de la troisieme classe, qui font la plus grande partie des Coutumes, & du nombre desquelles sont celles de Paris & d'Orléans obligent les enfans au rapport de tout ce qui leur a été donné par leur pere ou mere, lorsqu'ils viennent à leur Succession, mais elles leur permettent de les garder, en renonçant à la Succession.

Dans cette variété de coutumes, il faut suivre celle du lieu où les héritages donnés sont situés; par exemple, si un Orléanois a donné à l'un de ses enfans un héritage situé dans le Dunois, l'enfant donataire ne pourra pas le garder en renonçant à la Succession, parce que la Coutume de Dunois, dans laquelle l'héritage est situé, oblige l'enfant au rapport, même en

cas de renonciation, & la Coutume d'Orléans dans laquelle la Succession est ouverte ne sera pas à cet égard suivie; *vice versâ* si un Dunois a donné à l'un de ses enfans un héritage situé dans la Coutume d'Orléans, cet enfant pourra, nonobstant la Coutume de Dunois, garder cet héritage, en renonçant à la Succession, parce que la Coutume d'Orléans où l'héritage est situé le permet.

Nous nous attacherons principalement à expliquer la matiere du Rapport conformément aux principes de la Coutume de Paris qui sont le droit le plus général du Pays Coutumier, & que notre Coutume a adopté.

Le principe sur cette matiere se trouve dans l'article 303 de cette Coutume.

Pere & mere ne peuvent par donation faite entre-vifs, par testament & ordonnance de derniere volonté, ou autrement, en maniere quelconque, avantager leurs enfans venant à leur Succession, l'un plus que l'autre.

La conséquence de ce principe est l'article suivant, *les enfans venant à la Succession de pere ou mere, doivent rapporter ce qui leur a été donné pour avec les autres biens de ladite Succession, être mis en partage entr'eux, ou moins prendre.*

Nous allons expliquer ceci dans les paragraphes suivans.

§. II.

Quels avantages sont sujets à rapport?

La Coutume par ces termes: *en maniere quelconque*, assujettit au rapport tous les avantages tant directs qu'indirects, faits par les pere, mere ou autres ascendans à leurs enfans.

C'est un avantage indirect qu'un pere fait à l'un de ses enfans, lorsqu'il donne quelque chose à une tierce personne interposée pour la rendre à cet enfant.

L'enfant est tenu au rapport de la chose que lui a rendu la tierce personne, à qui elle avoit été donnée, non-seulement lorsque la charge de la lui rendre, se trouve exprimée ou dans la donation même faite à cette tierce personne, ou dans quelque contre-lettre, par laquelle cette tierce personne se seroit obligée de rendre la chose à l'enfant, auxquels cas, il est sans difficulté que la donation faite à la tierce personne, est indirectement faite à l'enfant, mais même dans le cas auquel il n'y auroit aucun acte par écrit qui assureroit que la donation faite à la tierce personne lui a été faite à la charge de rendre à l'enfant, si les circonstances le persuadent, il faudra pareillement décider que l'enfant sera sujet au rapport de cette chose. Ces circonstances peuvent se tirer ou de la proximité du tems de la donation faite à la tierce personne, & de celle que la tierce personne a faite au fils du donateur, ou de la qualité des personnes; si cette donation a été faite à un praticien qui n'auroit point mérité, par aucuns services cette donation qui lui en a été faite, on en conclura que c'est une invention de ce praticien pour

couvrir par l'interpofition de fa perfonne la donation que le pere vouloit faire à fon fils. Il peut fe rencontrer beaucoup d'autres circonftances femblables qui doivent faire facilement préfumer l'interpofition de perfonnes.

On appelle auffi avantages indirects tous les actes qui étant paffés entre le pere & l'un de fes enfans fous un autre nom que celui de donation, renferment néanmoins un avantage au profit de l'enfant. Ces avantages font pareillement fujets à rapport.

Par exemple, fi un pere a vendu à fon fils un héritage pour un prix au-deffous de fa jufte valeur, cet acte, quoique conçu fous la forme de vente, renferme un avantage indirect au profit du fils qui profite de ce que l'héritage vaut de plus que le prix pour lequel il a été vendu, & par conféquent oblige le fils au rapport.

De-là nait une queftion de favoir fi l'avantage tombe fur l'héritage même, ou fur ce qui manque du jufte prix, & en conféquence, fi l'enfant eft obligé au rapport de l'héritage, ou feulement au rapport de ce qui manque du jufte prix? Il paroît que fur cette queftion, dans une efpece toute femblable, les Jurifconfultes Romains ont été de trois avis différens. Lorfqu'un mari à qui il n'étoit pas permis par les Loix Romaines de donner à fa femme, lui avoit vendu une chofe au-deffous de fa jufte valeur, Julien qui étoit de l'école des Sabiniens, penfoit que cette vente étoit abfolument nulle, comme étant faite pour couvrir une donation prohibée, & qu'en conféquence, le mari avoit la répétition de la chofe vendue, en rendant le prix qu'il avoit reçu, Neratius qui étoit Proculeien felon le génie de ceux de cette école recherchoit plus fcrupuleufement l'intention du mari, il admettoit l'opinion de Julien dans le cas où il n'avoit pas eu le deffein de fe défaire & de vendre cette chofe, & ne l'auroit vendue à fa femme que pour couvrir l'avantage qu'il vouloit lui faire; mais dans le cas où il auroit eu effectivement intention de la vendre, *putà* s'il l'avoit propofée à d'autres à vendre; il prétendoit que la donation ne tomboit que fur la fomme, qu'il lui avoit remife du jufte prix, & qu'il n'avoit que la répétition de cette fomme. Ces deux opinions font rapportées dans la Loi 5, §. 5, *ff. de donatio. inter vir. & uxor.* Pomponius propofe un troifieme avis qui eft d'annuller la vente, non pour le total, mais à proportion de ce qui a été remis du jufte prix. Par exemple, fi la chofe a été vendue pour la moitié du prix qu'elle valoit., il penfe que la femme doit rendre la moitié de la chofe qui lui a été vendue. *L* 31, §. 3, *ff. de tit.* Le fentiment de Neratius me paroît plus exact dans la théorie, mais je penfe que dans la pratique on doit fuivre celui de Julien & qu'on doit affujettir indiftinctement l'enfant au rapport de l'héritage même, lorfque fon pere lui a vendu au-deffous de fa jufte valeur, la vente devant toujours en ce cas, être regardée comme une donation déguifée fous la forme de vente; ce feroit donner matiere à trop de difcuffions & de procès, que de rechercher fi le pere avoit eu effectivement intention de vendre cet héritage; il ne feroit pas facile de la découvrir, & il pourroit arriver très-fouvent que le pere eût fait afficher cet héritage à vendre, fans en avoir

aucune intention pour cela, mais pour mieux couvrir l'avantage qu'il vouloit faire à son fils.

Tous les autres actes de quelqu'espece qu'ils soient qui contiennent quelqu'avantage de la part d'un pere ou d'une mere, au profit de quelqu'un de ses enfans, oblige cet enfant au rapport.

Par exemple, si par une transaction sur un compte de tutelle, un pere se rend débiteur envers son fils, d'une plus grosse somme qu'il ne lui doit effectivement, c'est un avantage sujet à rapport.

Si par un partage qu'un pere fait d'une premiere communauté avec ses enfans d'un premier lit, il omet d'exercer des reprises qu'il avoit droit d'exercer, ou souffre que ses enfans en exercent qu'ils n'avoient pas droit d'exercer, s'il porte à un trop haut prix les récompenses qu'il devoit à la communauté pour raison des méliorations faites sur ses héritages propres, ou qu'il porte à un trop bas prix celles faites sur les héritages propres de ses enfans, les enfans du premier lit à qui il fait ces avantages sont obligés d'en faire rapport aux enfans du second lit.

Une décharge qu'un pere donne du compte que lui doit l'un de ses enfans de la gestion de ses affaires peut aussi être un avantage indirect; c'est pour quoi, après la mort du pere, les freres & sœurs de cet enfant peuvent demander qu'il rende le compte qu'il devoit, & si, par ce compte, il se trouvoit débiteur, la décharge qui lui a été donnée est un vrai avantage indirect, une vraie donation que son pere lui a faite de la somme du reliquat de ce compte dont son pere étoit son créancier, & il est, par conséquent, obligé au rapport de cette somme.

Pareillement la quittance qu'un pere a donnée à son fils d'une somme qu'il lui devoit, passera pour une remise & un avantage sujet à rapport, s'il y a des circonstances assez fortes pour qu'il en résulte une preuve que cette somme n'a pas été payée. C'est ce qui a été jugé par l'Arrêt du 12 Février 1682, rapporté par le Brun, n°. 14, qui a déclaré nulle la quittance du prix d'une charge.

La quittance que le pere avoit donnée à son fils d'une somme de 119000 liv. pour le prix de sa charge de conseiller à la Cour des Aides, s'étant trouvée en la possession du pere lors de sa mort, & attachée à son testament, fut jugée n'être pas sérieuse & contenir une remise du prix sujette à rapport.

A moins que les circonstances ne soient extrêmement fortes, la cause se doit décider par le serment de l'enfant s'il a payé effectivement

On a poussé si loin l'exactitude des rapports, qu'on a obligé l'enfant au rapport, non-seulement des sommes qui lui auroient été données, mais même de celles qui lui auroient été prêtées, même de celles qu'il auroit reçues pour prix d'une constitution de rente qu'il auroit constituée à son pere ou à sa mere. On a jugé que ce seroit un avantage indirect, si un pere faisoit, par ce moyen, passer son argent comptant à l'un de ses fils, pendant que les autres n'auroient à la place qu'une simple créance, ou une simple rente contre leur frere.

De-là naît la décision de la question suivante : un pere a prêté 12000 livres à l'un de ses enfans, qui depuis a fait faillite, & a fait un contrat avec

avec ses créanciers, par lequel tous les créanciers, du nombre desquels étoit le pere, se sont restreints aux deux tiers de leurs créances payables dans certains tems, & lui ont fait remise de l'autre tiers : on demande si le fils doit rapporter à la Succession de son pere la somme entiere de 12000 livres ? La raison de douter est, qu'au moyen du contrat, il n'en doit plus que 8000 livres, que la remise des 4000 livres qui lui a été faite ne doit pas être sujette à rapport, n'étant pas une vraie donation que son pere lui ait faite, puisque cette remise étoit forcée de la part de son pere, qui étoit obligé de suivre le grand nombre de créanciers ; néanmoins il n'est pas douteux que le fils doit rapporter la somme entiere de 12000 livres, même sans attendre les termes du contrat d'atermoiement ; la raison est qu'il ne peut disconvenir que cette somme lui a été prêtée par son pere, & que le rapport est dû des sommes prêtées également comme des sommes données.

Tous les actes d'un pere ou d'une mere dont quelqu'un de leurs enfans ressent quelqu'avantage, ne sont pas des avantages indirects sujets à rapport ; il n'y a que ceux par lesquels les pere & mere font passer quelque chose de leurs biens à quelqu'un de leurs enfans par une voie couverte & indirecte. C'est ce qui résulte de l'idée même que renferme le terme de rapport ; car rapporter signifie remettre à la masse des biens du donateur quelque chose qui en est sorti ; on ne peut pas y remettre, y rapporter, ce qui n'en est point sorti ; donc il ne peut y avoir lieu au rapport que lorsqu'un pere ou une mere ont fait sortir quelque chose de leurs biens qu'ils ont fait passer à quelqu'un de leurs enfans.

Suivant ces principes, lorsqu'un pere commue en censive des héritages qu'il tenoit en fief, quoique ses enfans puînés ressentent un avantage de cette commutation, puisqu'ils auront une plus grande portion dans ces héritages commués en censive, qu'elle n'auroit été s'ils fussent demeurés en nature de fief ; néanmoins personne ne s'avisera de dire que cet avantage que ces puînés ressentent de cette commutation soit sujet à rapport envers leur aîné ; car leur pere, par cette commutation, n'a fait qu'user de la liberté naturelle qu'il a de disposer de ses biens, & n'a rien fait passer de son bien à ses puînés ; c'est pourquoi il n'y a rien qu'ils puissent être obligés de rapporter. *Vice versâ*, s'il avoit commué en fief des héritages qu'il tenoit en censive, en acquérant la censive dont ils relevoient, l'aîné ne sera point obligé au rapport de l'avantage qu'il ressentira dans la Succession de cette commutation ; car le pere, par cette commutation, ne lui a rien fait passer de ses biens.

Lorsqu'un pere, après la mort de sa seconde femme, demeure avec ses enfans du second lit en continuation de communauté, quoiqu'il fût de de son intérêt de la dissoudre pour se ménager le total des acquisitions qu'il fera par un commerce florissant qu'il a, ou par l'accumulation de gros revenus ; il est très-évident qu'il fait un avantage en cela à ses enfans du second lit ; mais, suivant notre principe, cet avantage n'est point sujet à rapport ; car il ne fait rien passer à ses enfans de ce qui lui appartient ;

il manque seulement de ne pas acquérir pour le total les choses qu'il acquiert en commun avec eux.

Une mere appelée à une opulente Succession de son frere unique, dans laquelle il y avoit beaucoup de Fiefs, pour favoriser ses enfans mâles, y renonce, ses enfans succédant de leur chef à leur oncle, les mâles excluent les filles de cette Succession : les mâles seront-ils obligés de rapporter ces Fiefs à la Succession de leur mere ? Le Brun décide pour l'affirmative; il regarde la renonciation que la mere a faite à la Succession de son frere comme un avantage indirect qu'elle a fait à ses enfans mâles des Fiefs compris dans cette Succession à laquelle elle a renoncé. Il faut décider, au contraire, suivant le principe que nous avons ci-dessus établi, qu'il n'y a point lieu au rapport dans cette espece; car, suivant ce principe, il ne peut y avoir lieu au rapport que des biens qui avoient appartenu à la mere, & qu'elle auroit fait passer à ses enfans mâles; mais dans cette espece la mere, par cette renonciation, n'a rien fait passer de ses biens à ses enfans, les biens de la Succession de son frere à laquelle elle a renoncé, ne lui ont jamais appartenu au moyen de sa renonciation, & par conséquent, on ne peut pas dire qu'en renonçant à cette Succession, elle ait fait passer à ses enfans quelque chose qui lui ait appartenu. Il est vrai qu'elle a eu droit à la Succession de son frere; mais en renonçant à cette Succession, elle n'a pas fait passer à ses enfans ce droit qu'elle avoit; mais en renonçant, elle a abdiqué, elle a éteint ce droit qu'elle avoit, & ses enfans ont succédé à leur oncle, non comme cessionnaires du droit de leur mere, non comme ayant le droit de leur mere, qu'elle leur auroit fait passer, mais ils y ont succédé de leur chef, en vertu d'un droit qui leur étoit propre, comme y étant directement appelés par la Loi, sur le refus de leur mere qui les précédoit en degré.

Si un pere étant colégataire avec l'un de ses enfans d'un héritage qui leur a été légué, répudie son legs pour faire plaisir à son fils, il faut décider par le même principe, que la part de cet héritage qui accroît au fils par la répudiation du pere, n'est point sujette à rapport, car le fils ne la tient point de son pere, il la tient directement du testateur; le pere n'a jamais eu aucune part dans l'héritage dont il a répudié le legs; on ne peut donc pas dire qu'il ait fait rien passer de ses biens à son fils, qui puisse être sujet à rapport.

Il y a beaucoup plus de difficulté dans la question suivante : une mere, pour favoriser les enfans de son premier mari, renonce à la communauté opulente de ce premier mari, les enfans du second lit pourront-ils demander aux enfans du premier le rapport de l'avantage qu'ils ont ressenti de cette renonciation de leur mere ? J'avois pensé autrefois qu'il n'y avoit pas lieu au rapport; je me fondois sur notre principe que les enfans ne peuvent devoir le rapport que des choses qui auroient appartenu à leur mere, & que leur mere leur auroit fait passer. La mere, par sa renonciation à la communauté, est réputée n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens de la communauté, &, par conséquent, la part dans les biens de

la communauté n'ayant jamais appartenu à leur mere, n'étant point passée de leur mere à eux, ne peut, suivant notre principe, être sujette à rapport. Je trouve beaucoup de difficulté à décider contre le rapport. On peut dire, au contraire, pour le rapport, que la femme avoit un vrai droit en la communauté qui, par sa renonciation, a passé d'elle à ses enfans; que le mari, en contractant communauté avec sa femme, a contracté l'obligation de lui accorder part dans tous les biens de la communauté lors de la dissolution, que ses biens sont passés à ses enfans, *cum eâ causâ* avec cette obligation, qu'il en résultoit un droit au profit de la femme contre les enfans, que la femme, en renonçant à la communauté, leur a fait passer ce droit par la remise qu'elle leur en a faite, & que c'est par conséquent un avantage sujet à rapport, comme l'est celui qu'un pere créancier de son fils feroit à son fils, en lui remettant ce qu'il lui doit. La femme qui renonce à la communauté ressemble en quelque façon à un associé en commandite qui abandonne sa part dans la société pour être quitte des dettes. Certainement si un pere associé en commandite avec son fils lui abandonnoit sa part dans une société manifestement opulente, on ne pourroit pas disconvenir que ce ne fût un avantage sujet à rapport; on doit dire de même que l'abandon que fait la mere à ses enfans de sa part en une communauté avantageuse, par la renonciation qu'elle fait à la communauté, est un avantage sujet à rapport. Cette espece-ci est bien différente de la précédente, lorsque le pere colégataire d'un héritage avec son fils, répudie le legs, on ne peut pas dire qu'il fasse passer à son fils la remise d'un droit qui lui appartient; car on ne peut remettre qu'à son débiteur, ce n'étoit pas son fils, son colégataire, qui étoit son débiteur de l'héritage qui lui a été légué. Mais dans cette espece-ci, les enfans sont comme débiteurs envers leur mere de sa part dans les biens de la communauté de leur pere; en renonçant à la communauté, elle leur fait passer le droit qu'elle avoit en leur en faisant remise.

Vice versâ, est-ce un avantage sujet à rapport, lorsque la mere qui avoit droit de demander à ses enfans du premier lit la reprise de son apport en la communauté de leur pere, en renonçant à cette communauté, accepte cette communauté quoique mauvaise, pour les favoriser & les décharger de la restitution de cet apport? J'avois pensé sur cette question comme sur la précédente, qu'il n'y avoit pas lieu au rapport, parce que la mere ne pouvant avoir le droit de reprendre son apport qu'au cas de renonciation à la communauté, n'y ayant pas renoncé, & l'ayant au contraire acceptée, elle n'avoit jamais eu ce droit; que ne l'ayant jamais eu, on ne pouvoit pas dire qu'elle en eût libéré ses enfans, qu'elle leur en eût fait passer la libération, & que, par conséquent, ne leur ayant fait passer aucune chose, il ne pouvoit y avoir lieu au rapport. Je trouve beaucoup de difficulté dans ce sentiment que j'avois embrassé. On peut dire, au contraire que la femme a véritablement eu cette créance de reprise de son apport, quoiqu'elle dépendît de la condition de sa renonciation à la communauté qui n'a pas existé; car cette condition étant une condition

potestative, il ne tenoit qu'à elle qu'elle existât, &, par conséquent, il ne tenoit qu'à elle d'exercer cette reprise; elle en avoit donc le droit; & c'est, en quelque façon, une remise qu'elle a faite de ce droit à ses enfans, en faisant volontairement manquer la condition par son acceptation à une communauté évidemment mauvaise. Cette question & la précédente me paroissent souffrir beaucoup de difficulté.

Lorsqu'un pere a acheté, au nom & pour le compte de son fils, un héritage, & en a payé le prix de ses deniers, ce n'est pas l'héritage qui est sujet à rapport, il n'a pas passé du pere au fils, puisqu'il n'a jamais appartenu au pere, ayant été acheté au nom du fils, le fils sera donc seulement tenu, en ce cas, au rapport du prix que le pere a fourni pour l'acquisition.

Lorsqu'un pere reçoit à titre de fief un héritage pour lui & pour toute sa postérité masculine, moyennant une somme de deniers d'entrée qu'il paye au Seigneur, cette inféodation est une acquisition qu'il fait tant pour lui que pour sa postérité masculine après lui, la somme qu'il paye tourne au profit de ses enfans mâles, puisque c'est pour eux que l'acquisition est faite après la mort du pere; ils doivent donc le rapport à la Succession de leur pere, de cette somme qui a tourné à leur profit: c'est l'avis de le Brun.

§. III.

Quelles choses sont exceptées de la Loi du rapport, ou n'y sont pas comprises?

Il y a certaines choses données par les pere & mere à leurs enfans que les Coutumes exceptent de l'obligation du rapport.

On peut dire en général que c'est tout ce qui leur est donné pour leur aliment & leur éducation. Notre Coutume, art. 309, s'en explique ainsi: *Les nourritures, entretenemens, instructions & apprentissages d'enfans....... ne se rapportent.*

Parmi les nourritures qui ne sont pas sujettes au rapport, il faut comprendre les frais des banquets de nôces qu'un pere fait pour le mariage de quelqu'un de ses enfans; la plupart des Coutumes les exceptent de la Loi du rapport en ces termes, *frais de nôces & banquets*, ce qui fait un droit commun.

Au contraire, la plupart des Coutumes assujettissent au rapport *les habits nuptiaux & trousseau.*

Les frais d'un équipage pour envoyer un enfant au service, fait partie de l'entretenement, & ne sont point sujets au rapport, non plus que la dépense faite pour l'y entretenir. Plusieurs Coutumes en ont aussi des dispositions.

Les frais d'instruction ne sont point aussi sujets au rapport. Parmi ces frais sont compris les pensions des enfans qu'on envoie aux Colléges ou dans

les Universités pour étudier dans les facultés supérieures, les pensions de ceux qu'on envoie dans les Académies pour apprendre à monter à cheval, les honoraires qu'on paye pour eux aux différens maîtres, les livres qui les instruisent dans les différens arts & sciences dans lesquels on les fait instruire. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions particulieres ; ce qu'il faut entendre, néanmoins, pourvu qu'ils ne soient pas en trop grande quantité, car il n'est pas douteux que si un pere donnoit à son fils une bibliotheque considérable elle ne fût sujette à rapport.

Il y a une Coutume qui veut même que les livres indistinctement soient sujets à rapport, lorsqu'ils sont encore en nature, lors de l'ouverture de la Succession, mais elle est en cela singuliere, & doit être restreinte à son territoire.

Les frais d'apprentissage ne sont point non plus sujets à rapport; plusieurs Coutumes en exemptent aussi les frais des degrés jusqu'à la licence inclusivement, & elles sont un droit commun.

Au contraire, les Coutumes y assujettissent les frais du doctorat, & les frais de maîtrise dans les arts mécaniques; car ces frais se font pour l'établissement de l'enfant plutôt que pour son instruction.

Par la même raison, ce qu'un pere fourniroit pour acheter une compagnie, doit être sujet à rapport.

Toutes ces choses que nous avons dit n'être point sujettes à rapport, ne le sont point, lorsqu'elles ont été fournies du vivant du défunt; mais le legs que le défunt auroit fait de ces choses à l'un de ses enfans, par exemple, s'il lui avoit légué une pension alimentaire, s'il lui avoit légué la somme qui lui seroit nécessaire pour apprendre un métier, pour se mettre en apprentissage, pour le service, pour prendre des degrés, &c. il n'est pas douteux que ces legs seroient sujets à rapport.

Même s'il avoit donné, par acte entre-vifs, une pension alimentaire à l'un de ses enfans, elle ne seroit exempte du rapport que pour le tems qui en auroit couru du vivant du pere.

On demande si un pere qui auroit fait beaucoup de dépenses pour l'éducation de l'un de ses enfans, pourroit léguer à son autre enfant pour qui il n'a fait aucune dépense, une somme pour l'en dédommager? La Coutume de Laon le permet; mais je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire.

On n'est point obligé au rapport des fruits; la raison est évidente : l'enfant ne doit le rapport que de ce qui lui a été donné. Or, on ne lui a donné que l'héritage, quoique ce soit, en conséquence de la donation qui lui a été faite de l'héritage qu'il en ait perçu les fruits; il est néanmoins vrai de dire que ce ne sont pas les fruits qui lui ont été donnés, & qu'on ne lui a pas donné autre chose que l'héritage; il ne doit donc que le rapport de l'héritage.

Mais comme il doit le rapport de l'héritage, dès le jour de l'ouverture de la Succession, il doit tenir compte de tous les fruits qui se recueilleront depuis l'ouverture de la Succession.

Que si le rapport dont il est débiteur est d'une somme d'argent, soit parce que c'est une somme d'argent qu'on lui a donnée, soit parce qu'on lui a donné des choses qui ne se rapportent pas en nature, mais dont on rapporte l'estimation, il doit les intérêts de la somme sujette à rapport du jour de l'ouverture de la Succession, sur le pied du denier 20.

Telle est la disposition de la Coutume de Paris, qui fait, en ce point, le droit commun, duquel, néanmoins, notre Coutume s'est écartée, en ordonnant que les fruits des héritages sujets à rapport & les intérêts des sommes sujettes à rapport qu'elle fixe aussi au denier 20, ne courroient que du jour de la *provocation à partage*.

La premiere démarche qui tend au partage, par exemple, la demande aux fins qu'il soit procédé à l'inventaire, ou l'inventaire commencé sans demande passent pour *provocation à partage*. L'usage a ainsi interprété notre Coutume pour la rapprocher du droit commun.

Quoique le tuteur d'un mineur ne puisse pas provoquer à un partage définitif, néanmoins, la demande qu'il fait pour son mineur contre les cohéritiers de son mineur, pour qu'il soit procédé à l'inventaire, tient lieu de provocation à partage, & oblige les cohéritiers de son mineur de ce jour, au rapport des fruits des héritages & des intérêts des sommes sujettes à rapport.

S'il avoit tardé à faire cette interpellation, il en seroit responsable envers son mineur; & si le mineur n'avoit point de tuteur, la famille seroit responsable de n'en avoir point fait élire un qui eût fait cette interpellation.

Observez que, lorsque les Coutumes de Paris & d'Orléans qui fixent ces intérêts au denier 20, ont été réformées, le taux des intérêts étoit au denier 12; aujourd'hui que le taux des intérêts est, par l'Ordonnance, au denier 20, si on suivoit la même proportion qui a été suivie par nos Coutumes, lors de la réformation, il faudroit ne faire courir les intérêts que sur le pied du denier 33 ou 34, néanmoins nonobstant les diminutions du taux des intérêts, qui du denier 12 ont été réduites au denier 16, ensuite au denier 18, & enfin, au denier 20, l'usage s'est toujours conservé de faire courir les intérêts des sommes sujettes à rapport sur le pied du denier 20.

Le Brun prétend que l'enfant doit rapporter non-seulement les fruits des héritages & les intérêts des sommes qui lui ont été données, mais qu'il doit même les intérêts de ces fruits & de ces intérêts du jour qu'il a été en demeure d'en faire raison; il allégue des Loix qui n'ont aucune application à cette question; cette décision de le Brun me paroît contraire aux principes de droit. Ces fruits, ces intérêts ne sont pas dûs *principaliter & per se*; car le rapport n'est dû que de ce qui a été donné, & il n'y a que l'héritage qui a été donné, il n'y a que la somme qui ait été donnée; il n'y a donc que l'héritage ou la somme qui puissent être l'objet principal de la créance du rapport, qui puissent être dûs *principaliter*; les fruits, les intérêts, ne peuvent être dûs que comme des accef-

soires, &, par conséquent, il n'en peut être dû d'intérêt; car c'est un principe de droit qu'*accessio accessionis non est.*

§. IV.

A qui faut-il que la donation ait été faite, pour qu'il y ait lieu au rapport?

L'héritier qui vient avec d'autres cohéritiers à la Succession de ses pere & mere, ou de quelqu'autre ascendant, doit rapporter, non-seulement ce qui a été donné à lui-même, mais même ce qui a été donné à ses enfans. C'est la décision des *articles 306 de Paris, & 308 d'Orléans*, qui font, en ce point, un droit commun dans le pays coutumier.

La raison de cette décision est tirée du principe établi ci-dessus §. 2, que non-seulement les avantages directs, mais même les avantages indirects étoient sujets à rapport; or, c'est un avantage indirect qu'on fait à un pere ou à une mere, lorsqu'on donne à ses enfans; car regardant nos enfans comme d'autres nous-mêmes, n'acquérant nos biens que pour eux, nous devons réputer donné à nous-mêmes ce qui leur est donné, & par conséquent, nous devons être obligés au rapport, comme si cela étoit donné à nous-mêmes.

La donation faite aux enfans d'un fils doit d'autant plus être censée faite au pere, que c'est ordinairement en sa considération qu'on donne à ses enfans; d'ailleurs il seroit facile d'éluder la loi du rapport, si le pere qui voudroit donner quelque chose à son fils, sans qu'il fût sujet au rapport, avoit la faculté de donner aux enfans de ce fils.

Si l'héritier, au moyen du rapport qu'il est obligé de faire de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfans, se trouvoit n'avoir pas sa légitime, il ne laisseroit pas d'être obligé à ce rapport, sauf à lui à se pourvoir contre son enfant, & à faire retrancher ce qui lui manque de sa légitime, de la donation qui a été faite à son enfant.

Mais si le petit-fils avoit dissipé ce qui lui a été donné, & étoit insolvable, de maniere que le fils ne pût avoir de recours contre lui pour sa légitime, la loi naturelle, qui veut que le fils ait sa légitime, devroit l'emporter sur la loi arbitraire, qui l'assujettit au rapport de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfans, & faire, en ce cas, cesser le rapport.

Un beau-pere fait à son gendre une donation, & exprime que c'est pour l'amitié qu'il porte à son gendre, pour les services qu'il lui a rendus; la fille sera-t-elle obligée de rapporter à la Succession de son pere cette donation faite à son mari? La raison de douter est que la Coutume n'a obligé une fille qui vient à la Succession de son pere qu'au rapport des donations qui lui ont été faites, & de celles qui ont été faites à ses enfans; que celle-ci n'étant faite ni à elle, ni à ses enfans, mais à son mari, n'est pas dans le cas du rapport; qu'on ne peut pas dire que la donation est réputée faite en considération de la fille, & faire indi-

rectement à la fille, puisqu'il est exprimé que c'est en la considération du gendre, pour l'amitié que le donateur lui porte, par reconnoissance des services qu'il a rendus à son beau-pere. Pour décider cette question, il faut distinguer plusieurs cas : ou la fille avoit des enfans de son mari à qui la donation avoit été faite, ou elle n'en avoit point, ou elle avoit accepté la communauté de son mari, ou elle y avoit renoncé, ou cette communauté subsistoit encore, ou c'est une donation de meubles, ou une donation d'héritages.

Lorsque la fille avoit des enfans de son mari, le Brun décide qu'elle est obligée au rapport du total de ce qui a été donné à son mari; soit que ce soit des meubles qui aient été donnés, soit que ce soit des héritages, soit qu'elle ait accepté la communauté de son mari, soit qu'elle y ait renoncé, soit qu'elle subsiste encore. La raison est qu'une femme qui a des enfans, doit réputer comme donné à elle-même ce qui est donné à son mari, que pendant la vie de son mari elle jouit en commun avec son mari de ce qui a été donné à son mari, qu'elle n'en jouiroit pas autrement, si la donation avoit été faite à elle-même; que si, après la mort de son mari, une partie de cette donation, ou même le total, dans le cas auquel elle renonceroit à la communauté, passe à ses enfans héritiers de leur pere, elle doit réputer cet avantage dont les enfans profitent, comme son propre avantage. Ce principe ne doit pas être douteux dans nos Coutumes, puisque ce n'est que par une conséquence de ce principe qu'elles assujettissent l'héritier au rapport des donations faites à ses enfans, comme de celles faites à lui-même.

La décision de le Brun ne me paroît pas souffrir de difficulté dans le cas auquel les enfans accepteroient la Succession de leur pere donataire, & eroient, par conséquent, censés y trouver ce qui lui a été donné; mais si ce gendre à qui la donation a été faite étoit mort insolvable, & que sa veuve eût renoncé à la Communauté, & ses enfans à la Succession de leur pere, il ne me paroît pas juste que cette veuve fût obligée de rapporter à la Succession de son pere une donation faite à son mari, dont ni elle, ni ses enfans, n'ont point profité.

Par la même raison, je penserois que même dans le cas auquel la communauté du gendre donataire & sa Succession seroient acceptées, s'il avoit des enfans d'un autre lit, la fille ne devroit être sujette au rapport que pour sa portion & celles des enfans de son mariage, & non pour celles dont les enfans d'un autre lit profitent dans ce qui a été donné à son mari.

Que si la communauté du gendre subsiste encore, lors du partage de la Succession du beau-pere donateur, je pense que la fille qui a des enfans de lui, ne doit être obligée au rapport que provisionnellement, & qu'elle doit avoir la répétition de ce rapport dans le cas où il arriveroit que par sa renonciation à la Communauté de son mari, & celle de ses enfans à la Succession de leur pere, ni elle ni ses enfans n'auroient point profité de la donation.

Que si la fille n'avoit point d'enfans de son mari à qui la donation avoit été faite, que cette donation consistât en meubles, & qu'il n'y eût point

point de clause au contrat de mariage qu'elle retiendroit ce qui seroit entré en communauté à cause d'elle; le Brun décide que la fille ne sera pas sujette au rapport de cette donation, si elle a renoncé à la communauté de son mari, mais qu'elle sera sujette au rapport du total, si elle l'a acceptée, & pareillement si sa communauté avec son mari donataire se trouvoit encore subsister lors du partage de la Succession de son pere. Je penserois, au contraire, qu'elle ne devroit le rapport que pour moitié dans le cas de l'acceptation de sa part de la communauté, parce qu'elle n'a effectivement profité en ce cas que de la moitié de la donation, & par conséquent, que dans le cas où sa communauté subsisteroit, elle ne devroit le rapport que pour la moitié, parce qu'elle ne peut jamais profiter de plus que de moitié de la donation, encore, en ce cas, je penserois qu'elle ne devroit le rapport de cette moitié que provisionnellement, & sauf la répétition, au cas qu'il arrivât par la suite, que, par sa renonciation à la communauté, elle n'eût profité en rien de la donation faite à son mari. La raison sur laquelle le Brun se fonde, est que, quoique par les termes dont on s'est servi dans cette donation, il paroisse qu'elle soit faite au gendre, elle doit néanmoins, *ex paternæ pietatis conjecturâ*, être présumée faite à la fille, & en considération de la fille; que si elle paroît faite au gendre, ce n'est que pour couvrir la fraude, pour éluder, s'il étoit possible, la loi du rapport, avec d'autant plus de raison, qu'il étoit indifférent à la fille que la donation fût faite à son mari, ou à elle-même, puisque, quand même elle auroit été faite à elle-même, cette donation seroit également tombée dans la communauté de son mari, & qu'elle n'en auroit pas pu profiter davantage que de celle faite à son mari. La réponse est que cette raison sur laquelle se fonde le Brun, prouve plus qu'il ne veut prouver; car si la donation faite au gendre étoit vraiment réputée faite à la fille, elle la devroit rapporter même dans le cas auquel elle auroit renoncé à la communauté, suivant que nous le verrons par la suite; & néanmoins le Brun convient que la fille n'est pas, en ce cas, obligée au rapport: il ne me paroît pas vrai que la donation faite au gendre doive être réputée faite à la fille; le gendre peut mériter assez par lui-même l'amitié de son beau-pere, pour qu'il lui fasse une donation: on en fait bien à des étrangers, pourquoi donc ne pas croire qu'elle est véritablement faite au gendre, lorsque l'acte le porte? Il est vrai que par rapport à l'effet de tomber en communauté, la donation faite au gendre a le même effet que si elle étoit faite à la fille elle-même; mais par rapport à la question présente, la chose est très-différente. Lorsque la donation est faite à la fille elle-même, elle se soumet, en l'acceptant, au rapport; c'est par son canal qu'elle tombe en la communauté de son mari, & par conséquent, la chose donnée lui est suffisamment parvenue, pour qu'elle soit tenue du rapport, quoique la dissipation de son mari l'ait empêchée d'en profiter; mais lorsque la donation a été faite au gendre, la fille ne peut être malgré elle obligée à un rapport auquel elle ne s'est jamais soumise, au rapport d'une donation qu'elle n'a point acceptée, & de choses qui ne lui sont jamais parvenues.

S'il y avoit clause dans le contrat de mariage du gendre, qu'elle reprendroit en cas de renonciation ce qui lui auroit été donné, ou que la donation faite au gendre fût une donation d'héritages, il y auroit en ce cas, moins de difficulté à dire, comme nous avons fait, que la donation faite au gendre, n'est point réputée faite à la fille, & qu'elle n'en doit le rapport que pour ce dont elle se trouveroit en profiter, car la raison de le Brun ne se rencontre plus, on ne peut plus dire alors que la donation faite au gendre a le même effet que si elle eût été faite à la fille elle-même; néanmoins le Brun décide encore en ce cas que la fille, en cas d'acceptation de communauté, ou lorsque la communauté subsiste, est tenue du rapport du total, & qu'elle n'en est point tenue, lorsqu'elle a renoncé.

Si le beau-pere, après la mort de sa fille, donne à son gendre, ses petits-fils, enfans de cette fille, ressentent indirectement l'avantage de cette donation, ayant trouvé dans la Succession de leur pere ce qui a été donné à leur pere; si elle est déjà échue; c'est pourquoi ils doivent être sujets au rapport; mais s'ils ont renoncé à la Succession de leur pere, ils n'en doivent point le rapport, n'en ayant pas profité. Si leur pere donataire vivoit encore lors du partage de la Succession de leur aïeul maternel, ils devroient s'obliger à rapporter, lors de la mort de leur pere, ce qui lui a été donné, au cas qu'ils acceptent la Succession.

A l'égard des sommes prêtées au gendre, la fille qui ne s'y est point obligée avec son mari, est tenue au rapport de ces sommes, lorsqu'elle a accepté la communauté, parce que, par son acceptation, elle en est devenue débitrice; mais elle n'en est tenue que pour la part dont elle est tenue des dettes de la communauté. Que si elle a renoncé à la communauté, elle n'est obligée à aucun rapport. C'est l'avis de le Brun. Il faut dire la même chose des petits-enfans qui viennent à la Succession de leur aïeul maternel; ils ne sont tenus du rapport des sommes prêtées par leur aïeul à son gendre leur pere, qu'autant & pour la part qu'ils s'en trouveroient débiteurs à cause de la communauté qui a été entre leur mere & leur pere.

Lorsque des petits-enfans viennent à la Succession de leur aïeul par représentation de leur pere ou mere, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur pere ou mere par l'aïeul à la Succession duquel ils viennent. La raison en est bien évidente. Des représentans ne peuvent pas avoir plus de droit dans une Succession que la personne qu'ils représentent, & du chef de laquelle ils viennent, suivant ce principe de droit *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet*, ils ne doivent pas plus prendre dans la Succession que cette personne y auroit pris; ils doivent être obligés aux mêmes rapports auxquels cette personne auroit été obligée.

Cette décision a lieu, quand même ils n'auroient pas profité de ce qui a été donné à leur pere ou mere qu'ils représentent, & qu'ils auroient renoncé à la Succession; car comme ce n'est pas de leur chef qu'ils doivent ce rapport, mais du chef de leur pere ou mere qu'ils représentent, il est indifférent qu'ils en aient profité ou non.

Cette décision a lieu, quand même ces rapports absorberoient toute leur portion héréditaire, & qu'il ne leur resteroit plus rien. Ils ne pourroient prétendre, en ce cas, de légitime; car n'ayant droit à la Succession de leur aïeul que du chef de leur pere ou mere qu'ils représentent, ils ne peuvent aussi prétendre dans cette Succession d'autre légitime que celle qu'auroient pu prétendre leur pere ou mere; & par conséquent ces donations leur doivent être imputées sur cette légitime, comme elles auroient été imputées à leur pere ou mere.

De ce principe que les enfans qui viennent à la Succession de leur aïeul, sont obligés aux mêmes rapports auxquels auroient été obligés leur pere ou mere qu'ils représentent, il suit qu'ils doivent aussi rapporter la donation qui auroit été faite à quelqu'un de leurs freres prédécédés, quoiqu'il l'ait dissipée; car leur pere ou mere qu'ils représentent auroient été obligés au rapport de cette donation faite à l'un de ses enfans, suivant que nous l'avons vu au commencement de ce paragraphe.

Lorsque des filles, par contrat de mariage, ont renoncé, moyennant une modique dot, à la Succession, au profit de leur frere aîné, cet aîné qui succede, à leur place, à leur portion, est obligé, suivant notre principe, aux mêmes rapports auxquels elles auroient été obligées, & par conséquent au rapport de leur dot.

§. V.

A la Succession de qui se fait le rapport?

Le rapport doit se faire à la Succession de la personne qui a donné.

Lorsqu'un pere seul donne à un de ses enfans des effets de sa communauté, il est censé faire cette donation comme chef de la communauté, & par conséquent, sa femme, pour sa part en la communauté, est censée donner avec lui; c'est pourquoi, en cas d'acceptation de communauté, le rapport doit se faire de moitié seulement à la Succession du pere, & de moitié à la Succession de la mere.

Au contraire, en cas de renonciation à la communauté, le rapport du total doit se faire à la Succession du pere; car la femme audit cas n'ayant rien aux biens de la communauté, c'est le pere seul qui a donné le total. La mere n'ayant point parlé dans la donation, elle n'a rien donné en son propre & privé nom, c'est la communauté qui a donné, & par conséquent ayant renoncé à la communauté, elle n'a rien donné, & il n'y a rien à rapporter à sa Succession.

Il en est autrement lorsque le pere & la mere ont donné conjointement des effets de la communauté, la mere en ce cas donne en son propre nom, ce n'est pas en ce cas la communauté qui donne, c'est chacun des conjoints. Soit que la mere accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, il est vrai qu'elle a donné conjointement avec son mari, & comme, dans le cas auquel elle renonce à la communauté, elle n'a rien par sa

renonciation dans les biens de la communauté, le mari se trouvant avoir fourni le total de ce qu'ils ont donné conjointement, elle doit récompense à son mari de la moitié, que son mari lui déduira sur sa dot, lorsqu'elle lui sera restituée à la dissolution du mariage. Le mari & la femme ayant donc fait en ce cas, la donation chacun par moitié, soit en cas d'acceptation, soit en cas de renonciation à la communauté, le rapport en l'un & l'autre cas se doit faire pour moitié en la Succession du pere, & pour moitié en la Succession de la mere.

Pareillement, lorsque la dot fournie à un enfant consiste dans un héritage propre du mari, si c'est le mari seul qui a parlé, il est censé l'avoir donné seul, & le rapport de cet héritage doit se faire pour le total à sa Succession; mais si le mari & la femme l'ont donné conjointement, le rapport doit s'en faire pour moitié, à la Succession du pere & pour moitié à celle de la mere, car la mere est censée en avoir donné la moitié, & doit pour cela à son mari la moitié du prix de cet héritage qu'il a fourni pour la donation qu'ils se proposoient de faire en commun: pareillement lorsque la dot consiste dans un héritage propre de la mere; si c'est elle seule, autorisée de son mari, qui l'a donné, le rapport doit s'en faire pour le total à sa Succession; si c'est son mari & elle qui ont donné, le rapport s'en fera pour moitié à chaque Succession, & le mari sera débiteur envers sa femme de la moitié du prix de l'héritage que la femme a fourni pour la donation qu'ils ont faite en commun.

On demande si un enfant doit rapporter à la Succession de son pere la donation qui lui a été faite par son aïeul paternel? Il sembleroit qu'on dût répondre indistinctement que non, suivant le principe établi au commencement de ce §. que le rapport n'est dû qu'à la Succession de celui qui a donné. Néanmoins il faut faire une distinction, si le pere, lorsqu'il a succédé à l'aïeul, avoit des cohéritiers auxquels il a été obligé de faire le rapport de la donation que l'aïeul avoit faite à son petit-fils, le pere ayant en ce cas, par ce rapport, indemnisé la Succession de l'aïeul de cette donation, ayant pris sur son compte la donation, en est devenu le donateur à la place de l'aïeul, & par conséquent en ce cas, l'enfant donataire en doit faire le rapport à sa Succession, ce qui n'est point contraire, mais conforme au principe ci-dessus établi. Que si le pere n'a point fait de rapport de cette donation à la Succession de l'aïeul, soit parce qu'il y a renoncé, soit parce qu'il en a été unique héritier, soit parce que l'aïeul vit encore, en ce cas l'enfant donataire n'en doit faire aucun rapport à la Succession.

Le Brun néanmoins pense que si le pere a renoncé à la Succession de l'aïeul en conséquence du don fait à l'un de ses enfans, que l'enfant donataire doit le rapporter dans la Succession du pere, parce que c'est en quelque façon de sa part en faire raison à la Succession de l'aïeul, que de se tenir à ce don pour sa portion héréditaire.

§. VI.

A qui est dû le rapport ?

Le rapport étant introduit pour établir l'égalité entre les enfans qui viennent à la Succession de leur pere ou mere, ou autres ascendans ; il suit que l'enfant ne doit le rapport qu'aux autres enfans ses cohéritiers ; c'est pourquoi nous avons déjà vu ci-dessus qu'il ne pouvoit être prétendu par les créanciers de la Succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Par la même raison, si un pere qui a deux enfans à l'un desquels il a fait une donation entre-vifs, fait un tiers étranger legataire du tiers de ses biens, ce légataire ne pourra prétendre aucune part dans le rapport des biens donnés entre-vifs à l'un des enfans, & n'aura que le tiers des biens qui se sont trouvés lors du décès. Ceux donnés entre-vifs à l'un des enfans, se partageront entre les deux enfans ; car le rapport n'est dû qu'aux enfans cohéritiers.

Doit-on, par la même raison, décider que lorsqu'une belle-mere donataire de son mari d'une part d'enfant, partage la Succession de son mari avec un enfant du premier lit de son mari, elle ne peut pas faire précompter à cet enfant, sur sa part, les choses qui lui ont été données par son pere ? Il sembleroit qu'elle ne le pourroit par notre principe que le rapport n'est dû qu'aux enfans cohéritiers, cependant il faut dire qu'elle le peut par une autre raison, qui est que la mesure de la donation faite à la belle-mere est la quantité de ce que l'enfant a eu des biens de son pere à quelque titre qu'il les ait eus ; soit de donation, soit de Succession, par conséquent ce qui leur a été donné doit être compté avec ce qu'il prend en la Succession. Sans cela il seroit au pouvoir du mari d'anéantir en entier la donation faite à sa femme, en faisant des donations entre-vifs ou des legs à son fils, & ne laissant presque plus rien à sa Succession, ce qui ne doit pas être, la donation qu'il a faite à sa femme étant une donation entre-vifs, qui de sa nature est irrévocable. C'est l'avis de le Brun, qui en cite un Arrêt.

Un pere laisse deux enfans, à l'un desquels il a donné certains biens ; celui à qui il n'a rien donné renonce à la Succession en fraude de ses créanciers qui sont reçus à exercer ses droits dans la Succession ; peuvent-ils demander le rapport à l'enfant donataire ? Sans doute, il ne peut pas, pour s'en défendre, opposer notre principe qu'il ne doit le rapport qu'à son cohéritier ; car ces créanciers ne lui demandent que comme dû effectivement à ce cohéritier leur débiteur dont ils exercent les droits. C'est l'avis de le Brun qui ne souffre pas de difficulté.

Si ce cohéritier à qui le rapport est dû n'avoit point de créanciers, mais qu'après la Succession ouverte à son profit, il ait été condamné à une peine capitale, le fisc pourra-t-il demander le rapport ? Le Brun le

lui refuse, mais je ne vois pas sur quelle raison il peut se fonder, car la créance du rapport lui ayant été une fois acquise par l'ouverture de la Succession, le fisc qui entre en tous ses droits peut l'exercer.

Je ne vois pas trop non plus sur quoi se fonde le Brun, pour décider que dans les Coutumes d'égalité dans lesquelles l'enfant renonçant rapporte, les créanciers d'un enfant héritier à qui ce rapport est dû ne peuvent pas exercer ses droits pour le demander; car puisque le droit lui en est acquis, pourquoi ne le pourroient-ils exercer? n'est-ce pas un droit pécuniaire, estimable & qui est *in bonis?* Des créanciers n'ont-ils pas le droit de se venger sur tout ce qui est *in bonis* de leur débiteur? Néanmoins le Brun cite un Arrêt du Journal du Palais d'Août *aliàs* 13 Décembre 1674 qu'il faut voir.

C'est une question dans les Coutumes d'égalité qui n'est pas bien décidée, si de même que dans ces Coutumes, le rapport est dû par les enfans qui renoncent, il est aussi dû de même aux enfans qui renoncent. Rouille, ancien Commentateur du Maine, prétend qu'il n'est dû qu'aux héritiers. Voyez les textes de ces Coutumes.

§. VII.

En quoi consiste l'obligation du Rapport?

Notre Coutume d'Orléans, art. 306, qui doit servir de Droit commun en ce point, explique en quoi consiste l'obligation du rapport, lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés. Voici comme elle s'en explique:

Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence & espece, ou moins prendre en autres héritages de la Succession de pareille valeur & bonté. Et faisant ledit rapport en especes, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles & nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au tems, que division & partage est fait entr'eux, déduction faite desdites impenses.

Il résulte de cet article que la donation d'un héritage faite à un enfant contient la charge tacite du rapport de l'héritage en nature, dans le cas où il viendra à la Succession du donateur; qu'il s'oblige tacitement envers le donateur à ce rapport, qu'il devient débiteur de l'héritage *en essence & espece in specie.*

L'enfant donataire sujet au rapport, n'est donc pas débiteur du rapport de la valeur de l'héritage qui lui a été donné, il est débiteur de l'héritage même en essence & espece, ce qui a été prescrit pour établir entre les enfans venans à la Succession une égalité parfaite qui ne le seroit pas si l'un pouvoit conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auroient que de l'argent dont ils auroient souvent de la peine à faire un bon emploi.

Ce rapport *en essence & espece* étant ordonné par la loi pour établir cette égalité, il s'ensuit qu'il ne doit pas plus être au pouvoir du donateur de permettre à l'enfant donataire de retenir l'héritage, en rapportant seulement la valeur, que de le dispenser entiérement du rapport, car les conventions des particuliers ne peuvent donner atteinte à ce qui est ordonné par les loix. *Privatorum pactis juri publico non derogatur.*

Il est donc inutile d'agiter la question si l'estimation qu'un pere met aux héritages qu'il donne à son fils ou à sa fille est censée mise *venditionis causâ*, pour lui donner la faculté de retenir l'héritage en rapportant l'estimation qui y est mise, puisque, quand même le pere auroit eu cette intention; quand même il auroit voulu dispenser l'enfant du rapport *en essence & espece*, il n'étoit pas en son pouvoir de s'en dispenser. Ces estimations qu'on met dans les contrats de mariage des enfans, n'empêchent donc point que les héritages donnés ne doivent être, nonobstant ces estimations, rapportés *en essence & espece.*

L'enfant donataire d'héritages étant débiteur de l'héritage même en essence & espece, il suit de-là que cet héritage est aux risques de la Succession à laquelle il doit être rapporté, qu'il doit y être rapporté tel qu'il se trouve au tems du rapport qui doit en être fait, soit qu'il se trouve meilleur & augmenté, soit qu'il se trouve pire & déprécié, pourvu que ce soit sans le fait ni la faute de l'enfant, & qu'enfin s'il étoit péri entiérement sans le fait ni la faute de l'enfant, cet enfant seroit libéré de l'obligation du rapport.

Ceci est conforme à un principe touchant la nature des obligations d'un corps certain, *species debita solvi debet qualis est. Lucrum & periculum circa speciem debitam spectat creditorem, obligatio speciei extinguitur rei debitæ interitu. Passìm tit. de peri. & comm. rei vend. tit. de legatis. tit. de solutio. tit. solut. matrim.*

Nous allons développer plus en détail ces principes. 1°. l'héritage sujet à rapport, doit être rapporté avec les méliorations & augmentations qui s'y trouvent au tems du rapport, si ce sont des augmentations naturelles qui n'aient rien coûté au donataire débiteur du rapport; la Succession à laquelle le rapport en est dû, en profite en pur gain, comme s'il s'est fait sur cet héritage quelqu'accrue de bois, si des futaies ont profité, s'il s'y est fait une alluvion, &c.

Si ce sont des augmentations industrielles qui aient été faites par le donataire, & qui lui aient coûté de la dépense, l'héritage doit à la vérité être rapporté avec ces augmentations; mais comme c'est un principe d'équité que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento*, la Succession doit faire raison à l'enfant qui rapporte l'héritage de ce qui lui en a coûté, non pas néanmoins toujours de tout ce qui lui en a coûté, mais jusqu'à concurrence seulement de ce que la Succession en profite, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage est estimé en être plus précieux au tems du rapport qui en doit être fait.

En cela les impenses utiles sont différentes des impenses nécessaires, car les nécessaires faites par l'enfant donataire sur l'héritage qu'il rapporte, doivent lui être remboursées, non pas seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage en est devenu plus précieux, mais entiérement, quand même le fruit de ces impenses auroit été détruit par quelque cas fortuit survenu depuis, & que par là la Succession n'en profiteroit pas. Par exemple, si une grange nécessaire à une métairie donnée à l'enfant tomboit en ruine, & que cet enfant l'ait fait rétablir, quoique par la suite elle ait été incendiée par le feu du ciel, & que par cet événement la Succession ne profite pas de la dépense qu'il a faite, elle ne laissera pas d'être tenue de lui faire raison de ce qu'il en a coûté ou dû coûter à cet enfant, pour la reconstruction de cette grange, parce que c'étoit une impense nécessaire, qu'en la faisant, il faisoit le bien de la Succession future, à laquelle la métairie devoit être rapportée, qu'en fait d'impenses nécessaires, *sufficit quod ab initio utiliter gestum sit, licet utilitas non duraverit;* que si la donation n'avoit pas été faite, le donateur auroit lui même fait cette impense, & ce qu'il en auroit coûté se trouveroit de manque dans la Succession, & que la Succession conséquemment profite de ce que cette somme qui s'y seroit trouvée de manque, s'y trouve; *in tantùm locupletiorem donatoris hæreditatem fecit in quantùm ejus pecuniæ pepercit.*

A l'égard des impenses purement voluptuaires que le donataire a faites sur l'héritage sujet à rapport, comme elles n'en augmentent point le prix, & qu'en conséquence, la Succession ne profite pas de ces impenses, elle n'est point obligée d'en faire aucune raison à l'enfant qui les a faites, mais elle doit au moins lui permettre d'enlever & d'emporter ce qui peut s'enlever *sine rei detrimento*, & en rétablissant les choses en l'état qu'elles étoient, lorsque l'héritage a été donné.

On ne doit point non plus lui faire raison de toutes les impenses usufruitieres & d'entretien, car *sunt onera fructuum*, ce sont des charges de la jouissance qui lui a appartenue.

L'enfant n'a que la voie de retention pour les impenses dont la Succession doit lui faire raison; c'est pourquoi notre Coutume dit que, *si lesdits cohéritiers ne veulent pas rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au tems que division & partage sont faits entr'eux, déduction faite desdites impenses.*

2°. Lorsque l'héritage sujet à rapport a été diminué, ou déprécié sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, il suffit, comme nous l'avons dit de le rapporter tel qu'il est; la Succession doit supporter ces pertes de même qu'elle profite des augmentations. Par exemple, si la riviere a emporté des terres, si les inondations les ont ensablées, si les arbres ont été abattus par les grands vents, il suffira de rapporter l'héritage tel qu'il se trouve. Pareillement si une maison a été incendiée, il suffira de rapporter la place & les matériaux échappés aux flammes; si c'est par la faute des locataires que l'incendie est arrivé, l'enfant doit encore rapporter les actions qu'il peut avoir contre les locataires pour les dommages & intérêts résultans de l'incendie, & ce qu'il peut avoir reçu d'eux en conséquence de ses actions, &c.

Que

Que si c'étoit par la faute du donataire sujet au rapport que l'héritage fût détérioré, comme si une maison tomboit en ruine, faute par lui de l'avoir entretenue; si des vignes étoient en basses façons, faute par lui de les avoir fumées, provignées, encharnellées, il seroit tenu de faire raison à la Succession de ces dégradations, suivant le dire d'experts.

3°. Si l'héritage sujet à rapport est entiérement péri sans sa faute, comme si la riviere l'a emporté, il est entiérement libéré du rapport. Que si la chose a péri par sa faute, comme s'il a laissé prescrire les rentes qui lui ont été données, il est tenu de faire raison à la Succession de cette perte, & d'en rapporter l'estimation.

4°. Si la chose sujette à rapport a été plutôt convertie en une autre chose, qu'elle n'a été totalement périe; si cette conversion s'est faite sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, son obligation de rapporter en essence & espece la chose qui lui a été donnée, se convertit en celle de rapporter la chose en laquelle celle qui lui a été donnée a été convertie. Par exemple, si le débiteur de la rente fonciere qui lui avoit été donnée, a déguerpi l'héritage sujet à la rente, si les rentes qui lui avoient été données lui ont été remboursées, son obligation de rapporter ces rentes, se convertit en celle de rapporter l'héritage qui lui a été déguerpi pour la rente, ou les deniers du rachat de celles qui ont été amorties.

L'enfant qui souhaiteroit retenir l'héritage qui lui a été déguerpi, lequel seroit augmenté de bonté, depuis le déguerpissement qui lui en a été fait, pourroit-il le retenir, en offrant de continuer à la Succession une rente fonciere sur cet heritage, telle que celle qui lui avoit été donnée? Non, étant devenu une fois débiteur de l'héritage à la place de la rente, par la conversion qui s'est faite de la rente en l'héritage, il ne doit pas être en son pouvoir de changer son obligation; les augmentations qui sont survenues en l'héritage déguerpi dont le rapport est dû à la Succession, doivent être au profit de la Succession, de même que s'il étoit diminué & depéri, elle en auroit souffert la perte; le rapport doit remettre les choses en l'état qu'elles seroient, si la rente n'avoit pas été donnée: or, si elle ne l'avoit pas été, le déguerpissement auroit été fait au donateur, & l'héritage déguerpi se trouveroit en sa Succession; il y doit donc être rapporté.

Que si cette conversion s'étoit faite par son fait ou sa faute, comme s'il avoit accepté le rachat d'une rente qui n'étoit point rachetable, ou le déguerpissement de la part d'un débiteur qui n'avoit pas la faculté de déguerpir, il ne se feroit point de conversion de cette obligation, il demeureroit toujours obligé au rapport en essence & espece de la chose qui lui a été donnée; & faute de le pouvoir faire, la chose n'existant plus, il devroit rapporter l'estimation de ce que cette chose vaudroit au tems du partage si elle subsistoit encore.

5°. Lorsque l'enfant donataire a aliéné l'héritage qui lui a été donné, si cette aliénation a été nécessaire, comme s'il a été obligé par un arrêt du Conseil de vendre pour la construction d'une place publique la maison qui lui a été donnée, ou si on lui avoit donné une portion d'un héri-

tage indivis avec un tiers qui par la licitation auroit été adjugé en entier à ce copropriétaire, en ces cas & autres semblables, son obligation de rapporter la chose en essence & espece, se convertiroit en celle de rapporter les sommes de deniers qu'il a reçues à la place.

Que si l'aliénation qu'il a faite de la chose qui lui a été donnée, a été volontaire, comme il ne doit pas dépendre de lui de changer l'objet de son obligation, il demeure, nonobstant cette aliénation, débiteur du rapport de l'héritage en essence & espece; & faute par lui de pouvoir le rapporter, ne l'ayant plus, il doit rapporter l'estimation de ce qu'il vaut en l'état qu'il se trouve au tems du partage, sauf que si c'étoit par sa faute ou celle de ses successeurs à qui il l'a aliéné, qu'il fût détérioré, on devroit ajouter à l'estimation de l'héritage celle des dommages & intérêts résultans desdites dégradations dont il seroit pareillement tenu de faire raison à la Succession. *Contrà vice versâ*, on doit sur l'estimation de l'héritage lui faire déduction des impenses nécessaires & utiles, suivant que nous l'avons expliqué ci-dessus, soit qu'elles aient été faites par lui, soit qu'elles aient été faites par ses successeurs.

Suivant ces principes, de même que si l'héritage sujet à rapport que l'enfant donataire a volontairement aliéné, se trouvoit au tems du partage de plus grande valeur que le prix pour lequel il l'a vendu, soit parce que les biens-fonds seroient augmentés de prix, soit par des augmentations naturelles & intrinseques survenues dans cet héritage, il ne suffiroit pas à l'enfant d'offrir le rapport du prix pour lequel il l'a vendu; de même *vice versâ*, si cet héritage se trouve de moindre valeur au tems du partage que le prix pour lequel il a été vendu, soit parce que les biens-fonds seroient diminués de prix, soit par les détériorations & diminutions survenues dans cet héritage par cas fortuit, comme par incendie, inondation, &c. les cohéritiers de l'enfant obligé au rapport seront tenus de se contenter du rapport de la somme qui se trouve valoir l'héritage en l'état qu'il est au tems du partage, & ne pourront pas exiger le rapport de toute la somme pour laquelle l'enfant donataire l'a vendu.

Par la même raison, si l'héritage sujet à rapport étoit entiérement péri par cas fortuit, quoique depuis la vente que l'enfant en a faite, comme si c'est un pré que la riviere a emporté, cet enfant sera entiérement déchargé de l'obligation du rapport, & profitera du prix qu'il l'a vendu, sans être obligé d'en rien rapporter. Il n'est point extraordinaire en droit que le débiteur d'un corps certain profite ainsi de la perte totale de la chose par lui due.

Il reste une question de savoir si les cohéritiers à qui le rapport d'un héritage donné à leur cohéritier est dû en *essence & espece*, peuvent évincer un tiers-acquéreur à qui il l'auroit vendu? La raison de douter est que l'enfant donataire n'ayant la propriété de l'héritage qu'à la charge du rapport, il semble qu'il n'a pu le transférer à ce tiers-acquéreur qu'à la même charge. Il faut néanmoins décider que les cohéritiers n'ont aucune action contre les tiers-acquéreurs; ces cohéritiers qui viennent à la Succession d'un pere commun, d'une mere commune, doivent se contenter de

précompter à leur cohéritier la valeur de l'héritage qu'il a aliéné plutôt que de l'exposer à des recours de garantie, en agissant contre l'acquéreur qui a acquis de lui, *res non sunt amarè tractandæ inter personas conjunctas.*

Tout ce que nous avons établi jusqu'à présent sur le rapport des héritages donnés à l'un des enfans, a lieu dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, & dans celles qui n'ont point de dispositions contraires, il y a des Coutumes qui disposent autrement, & qui permettent au donataire de rapporter le prix pour lequel l'héritage lui a été donné, lorsque l'estimation en a été faite sans fraude, ou le prix qu'il valoit, lors de la donation. *Cout. de Sens, Auxerre.*

On suit pour le rapport des offices & des meubles, des principes tous différens de ceux que nous venons d'établir pour le rapport des héritages & rentes. L'enfant donataire d'un office ou d'un meuble, n'est point obligé à rapporter en essence & espece les choses qui lui ont été données, mais seulement à rapporter la somme qu'elles valoient lorsqu'elles lui ont été données, & la somme qui lui a été donnée pour s'y faire recevoir; la raison de différence par rapport aux offices, est tirée de l'indécence qu'il y auroit à déposséder un Officier, s'il étoit obligé au rapport de son office en essence & espece. A l'égard des meubles, ces choses étant de nature à se consommer, au moins à se déprécier par le tems, il n'est pas convenable que le rapport en soit dû en essence & espece.

Le donataire d'un office ou de choses mobilières n'étant point débiteur du rapport des choses même qui lui ont été données, mais seulement du prix qu'elles valoient lorsqu'elles lui ont été données, il suit de-là que ces choses sont à ses risques, & non point aux risques de la Succession, & que quand même elles périroient, quand même l'office seroit supprimé, l'enfant ne devroit pas moins rapporter le prix qu'elles valoient, lorsqu'elles lui ont été données.

Il suit de-là pareillement que le donataire ne pourroit éviter le rapport de ce prix en offrant le rapport de ces choses en essence.

De ce que l'office est aux risques de l'enfant auquel on l'a donné, il suit aussi qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Observez que s'il étoit justifié qu'un pere ou une mere avoit porté les meubles qu'il donnoit à l'un de ses enfans au-dessous de leur juste valeur, les cohéritiers pourroient l'obliger à rapporter non-seulement la somme portée au contrat, mais la juste valeur; il est néanmoins permis à un pere de donner son office à son fils, pour le prix qu'il lui a couté, quoiqu'il ait augmenté de valeur, & qu'il se trouve d'un plus grand prix, lorsqu'il en fait la donation; on tolere ces petits avantages, pour donner lieu aux peres de maintenir le nom de leur famille; c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Tambonneau rapporté par le Brun.

Il suit de la raison que nous venons de rapporter, que cette décision ne doit avoir lieu que pour les charges de Judicature propres à conser-

ver l'honneur du nom du défunt, un pere ne pourroit donc pas donner de même à son fils un office de Procureur ou de Receveur des Tailles, pour le prix qu'il lui auroit coûté, s'il valoit davantage au tems de la donation. Le Brun, *ibid.*

Par la même raison, si le fils à qui le pere a donné un office augmenté de prix pour le prix qu'il lui a coûté, ne s'y fait pas recevoir & le revend incontinent, il doit rapporter le prix qu'il valoit lors de la donation, & pour lequel il l'a revendu.

Il nous reste à parler des offices de la Maison du Roi, Gouvernemens & autres semblables offices. Lorsqu'un pere revêtu d'un pareil office le résigne, sous le bon plaisir du Roi, à un de ses enfans, cet enfant ne doit aucun rapport ni de l'office, ni d'aucune estimation de l'office, la raison est que ces offices sont de simples commissions révocables à la volonté du Roi, qui ne sont point censés *in commercio*, *in bonis* des particuliers, le pere en faisant passer un pareil office à son fils, ne lui a rien fait passer de ses biens, & par conséquent il ne peut y avoir lieu au rapport; d'ailleurs ces offices étant *res extra bona*, *res extra commercium* par leur nature, ils ne peuvent être compris dans la masse des biens de la Succession; ils ne sont donc pas rapportables, ni en essence, ni le prix à leur place; car n'étant pas *in commercio*, ils n'ont pas proprement de prix.

Que si le pere n'avoit pas l'office, & qu'il eût déboursé quelque somme de deniers pour le faire avoir à son fils, c'est une donation qu'il a faite à son fils de cette somme de deniers, laquelle est sujette à rapport.

§. VIII.

De l'effet du rapport & de l'alternative de moins prendre.

Lorsque l'héritage donné à l'un des enfans est par lui rapporté réellement, & tombe au lot de quelqu'un de ses cohéritiers, l'effet du rapport est que le droit que le donataire avoit en l'héritage qu'il a rapporté, se résoud, qu'il est censé être de la Succession du donateur, comme s'il n'avoit point été donné, que le cohéritier au lot duquel il tombe, est censé succéder à cet héritage au défunt, comme s'il n'avoit jamais appartenu à son frere qui l'a rapporté, & par conséquent sans aucune charge des hypotheques & droits réels que le donataire qui l'a rapporté y auroit pu imposer.

Ces droits réels & hypotheques se résolvent en ce cas de la même maniere que se résoud le droit du donataire qui les a imposés, suivant la regle *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.*

Cette décision a lieu quand même les partages n'auroient été faits que par acte sous seing-privé. *Le Brun, traité des Succ. tit. de rapp. sect.* 4.

Le rapport des héritages ne se fait pas toujours réellement; la Coutume donne à l'enfant donataire l'alternative *de moins prendre en héritages*

de pareille valeur & bonté. Lorsque le donataire veut jouir de cette alternative, le rapport ne se fait que par fiction; c'est-à-dire, qu'on ajoute seulement à la masse des biens de la Succession l'héritage qui est sujet au rapport, pour le prix qu'il vaut au tems du partage, afin de fixer le montant de toute la masse, & de régler à quoi doivent monter les parts que chacun des cohéritiers doit y avoir; ce rapport fictif étant fait, le donataire retient sur la part qu'il doit avoir dans ladite masse l'héritage sujet à rapport sur le prix qu'il est estimé, & prend d'autant moins dans les biens de la Succession. Par exemple s'il y a quatre héritiers, que la masse des biens, y compris l'héritage qu'il y a rapporté par fiction & distraction faite du préciput de l'aîné, monte à 400000 livres, que l'héritage sujet à rapport ait été estimé 80000 livres; en retenant cet héritage pour ladite somme de 80000 liv., il ne lui restera plus à prendre dans les biens délaissés par le défunt que la somme de 20000 livres, pour achever les 100000 liv., à laquelle somme monte la part de chacun des héritiers; il y prendra donc 80000 liv. de moins que chacun de ses cohéritiers étant rempli de cette somme de 80000 liv. par l'héritage sujet à rapport qu'il retient.

Il n'est pas toujours au pouvoir de l'enfant donataire de retenir l'héritage qui lui a été donné en moins prenant dans le surplus des biens de la Succession; il faut, pour qu'il puisse jouir de cette alternative, qu'il y ait dans la Succession des héritages à peu-près égaux en bonté à celui qu'il doit rapporter, & en quantité suffisante pour que chacun de ses cohéritiers puisse à peu-près s'égaler à lui; c'est ce que signifie la Coutume par ces termes, *ou moins prendre en héritages de pareille valeur & bonté*, sans cela il ne peut pas jouir de l'alternative de moins prendre, & il ne peut se dispenser de rapporter réellement, car lorsqu'il n'y a pas assez d'héritages égaux en bonté au sien, pour égaler à peu-près ses cohéritiers; il est évident que l'égalité seroit blessée, s'il étoit dispensé de rapporter réellement, & qu'il lui fût permis de conserver ce qu'il y a de meilleur pendant que ses cohéritiers auroient de mauvais biens.

ARTICLE III.

Du rapport en Succession collatérale, & de l'incompatibilité des qualités d'héritier & légataire.

§. I.

Variétés des Coutumes sur ce rapport, & auxquelles on doit s'arrêter.

Les Coutumes sont différentes sur le rapport en Succession collatérale. Il y a quelques Coutumes qui desirent la même égalité entre les héritiers collatéraux qu'entre les enfans, & en conséquence obligent les héritiers collatéraux, de même que les enfans, à rapporter les donations entre-

vifs qui leur auroient été faites; telle est la Coutume de Blois; telles sont les Coutumes d'Anjou & du maine, qui y obligent les collatéraux héritiers présomptifs, comme les enfans même dans le cas auquel ils renonceroient à la succession.

Les Coutumes de Paris, d'Orléans, & la plupart des autres Coutumes, n'obligent point les héritiers collatéraux au rapport des donations entre-vifs qui leur auroient été faites par le défunt; mais elles ne permettent pas qu'on soit en même tems héritier & légataire.

Il y en a qui permettent expressément d'être héritier & légataire.

Il y en a qui ne s'en expliquent pas.

C'est une question à l'égard de celles-ci, si on doit y adopter la disposition de la Coutume de Paris & des autres qui la défendent? Il a été jugé pour la Coutume de Vermandois, qu'on ne devoit pas les y étendre; *Arrêt rapporté par le Brun*, ce qui me paroît bien jugé; car ces Coutumes, comme nous le verrons ci-après, n'étant fondées que sur des raisons arbitraires qui ne sont point prises dans la nature des choses ni dans aucune équité naturelle, ne doivent point être étendues hors de leur territoire, ni restreindre dans les Provinces qui n'y sont pas soumises, la liberté naturelle que chacun a de disposer comme bon lui semble de ses biens. D'ailleurs n'y ayant pas d'uniformité sur ce point, dans les différentes Coutumes, il n'y a pas de raison de suivre plutôt celle de Paris qu'une autre, & on ne peut pas dire que sa disposition générale contienne le droit général du pays coutumier qu'il faille suivre dans les Coutumes qui ne s'en sont point expliquées.

Dans la variété des Coutumes pour décider si l'héritier peut prendre dans la Succession le prélegs qui lui est fait, doit-on suivre la Coutume du lieu où le testateur avoit son domicile, ou celle du lieu où l'héritage légué est situé? Cette question dépend de celle de savoir si la Coutume qui défend d'être héritier & légataire, est un statut personnel, ou un statut réel, c'est un principe constant dans notre Jurisprudence, que nous ne regardons comme statuts personnels que ceux qui ont pour objet l'état des personnes, comme ceux qui réglent la tutelle des mineurs, la majorité, l'âge & la capacité de tester & autres semblables, les autres statuts qui ont pour objet les choses, la maniere d'y succéder, leur disponibilité, &c. sont statuts réels: telle est la loi qui ne permet pas d'être héritier & légataire; elle a pour objet les choses dont elle ordonne un partage égal entre les héritiers qui y succédent, sans qu'il soit permis au défunt d'en avantager l'un plus que l'autre par testament: or, c'est un autre principe également constant que les statuts réels exercent leur empire sur toutes les choses situées dans leur territoire indifféremment, à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est donc la Coutume du lieu où l'héritage légué est situé qui doit décider, & non celle du lieu où le testateur avoit son domicile. C'est pourquoi, si un testateur demeurant dans la Coutume de Rheims, qui permet les prélegs faits aux héritiers, légue à un de ses héritiers un héritage situé dans le territoire de la Coutume de Paris, ce legs ne sera pas valable, parce que la Coutume de Paris, qui

défend ces prélegs, exerce son empire sur tous les héritages situés en son territoire indifféremment à l'égard de toutes sortes de personnes, & par conséquent, même à l'égard de ce Rhemois; au contraire, un Parisien peut faire un prélegs d'un héritage situé à Rheims, parce que la Coutume de Paris, qui défend les prélegs, ne peut avoir d'empire que sur les héritages situés dans son territoire, & ne peut empêcher le prélegs d'un héritage situé dans une Coutume qui le permet.

Si ce legs étoit de choses mobilières ou autres qui n'ont point de situation, & suivent la personne à qui elles appartiennent, en ce cas, ce seroit la Coutume à laquelle la personne du testateur est soumise, c'est-à-dire, celle du domicile que le testateur avoit lors de son décès qui décidera la validité ou l'invalidité du legs.

§. II.

De la disposition des Coutumes de Paris & d'Orléans, sur l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, & en quel cas elle peut avoir lieu.

La Coutume de Paris, art. 300, s'explique ainsi: *Aucun ne peut être héritier & légataire d'un défunt ensemble*, & l'art. 301, *peut toutefois entre-vifs être donataire & héritier en ligne collatérale.*

Notre Coutume d'Orléans, art. 288, s'explique à peu-près de même.

Ces dispositions ne sont fondées sur aucune incompatibilité naturelle qu'il y ait entre les qualités d'héritier & de légataire; il y en a bien une entre ces deux qualités pour la portion à laquelle on succede comme héritier; on ne peut pas être légataire d'une chose pour la portion à laquelle on y succede en qualité d'héritier; car ayant acquis cette portion en qualité d'héritier, je ne peux pas l'acquérir une seconde fois en qualité de légataire, *quod meum est, meum ampliùs fieri non potest*; je ne peux pas être créancier comme légataire de la chose qui m'est léguée pour la portion dont j'en serois, comme héritier, le débiteur, ces deux qualités de créancier & de débiteur, se détruisant dans une même personne; mais si le legs fait à un héritier, ne peut pas, par la nature des choses, valoir pour la part qu'il a lui-même dans la chose léguée; si ces deux qualités sont incompatibles pour cette portion, la nature des choses n'empêche nullement que le legs fait à l'héritier ne soit valable pour les portions de ses cohéritiers dans la chose léguée, *legari à semetipso non potest, à cohærede potest.*

La disposition de nos coutumes sur ce point n'est donc pas fondée dans la nature même des choses; elle n'est pas fondée non plus sur aucune raison d'équité naturelle; car ce n'est point une chose contraire à l'équité naturelle, que, lorsqu'un de nos héritiers présomptifs nous a été plus attaché que les autres, nous a rendu plus de service, nous puissions lui témoigner l'affection particuliere que nous avons pour lui par

quelque préſent qu'il puiſſe prendre, malgré ſa part dans notre Succeſſion.

Cette diſpoſition a pour ſeul fondement l'inclination de notre Droit François, à conſerver l'égalité entre les héritiers comme un moyen de conſerver la paix & la concorde dans les familles, & d'en exclure les jalouſies auxquelles donneroient lieu les avantages que l'on feroit à l'un des héritiers par-deſſus les autres. Il étoit d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers & feroces, tels qu'étoient nos ancêtres plus ſuſceptibles que d'autres de jalouſie, & toujours prêts à en venir aux mains & aux meurtres pour les moindres ſujets.

Les Coutumes d'égalité qui ne permettent pas à l'un des héritiers préſomptifs de conſerver l'avantage qui lui eſt fait même en renonçant à la Succeſſion du défunt qui le lui a fait, ſont celles qui paroiſſent avoir le mieux conſervé l'eſprit de notre ancien Droit ſur ce point.

Nos Coutumes, en permettant à l'héritier préſomptif de conſerver les avantages qui lui ſont faits, en renonçant à la Succeſſion, paroiſſent avoir abandonné en cela l'eſprit de notre Droit ancien, & en avoir ſeulement retenu la lettre par cette ſubtilité, que la Loi défendant les avantages aux héritiers, celui qui renonçoit à la Succeſſion n'étant point héritier au moyen de ſa renonciation, ne ſe trouvoit plus compris dans la prohibition de la Loi.

Nous ne donnons pas pour cela la préférence aux Coutumes d'égalité ſur les nôtres; ſi les nôtres ſe ſont écartées de l'eſprit de notre ancien Droit, dont l'obſervance n'étoit plus néceſſaire depuis que nos mœurs ſe ſont adoucies, elles ſe ſont rapprochées de la liberté du droit naturel qui nous permet de diſpoſer de nos biens à notre volonté, & de témoigner une affection particuliere à ceux de nos parens qui ont mieux mérité de nous; nos Coutumes, en ſe rapprochant en cela du droit naturel, n'ont pas néanmoins voulu, par reſpect pour les anciens uſages, paroître abandonner l'ancien Droit François; c'eſt pourquoi elles en ont conſervé la lettre, en défendant les avantages entre héritiers qui viendroient enſemble à la Succeſſion de celui qui les a faits.

Il réſulte de tout ceci que nos Coutumes, lorſqu'elles diſent qu'*aucun ne peut être héritier & légataire*, n'entendent autre choſe qu'ordonner l'égalité entre les héritiers qui viennent enſemble à la Succeſſion des biens d'un défunt, en leur ordonnant de conférer & laiſſer à la maſſe des biens qu'ils ont à partager, tous les legs qui auroient été faits à quelqu'un d'eux.

Elles n'exigent pas néanmoins une égalité ſi parfaite entre les collatéraux qu'entre les enfans; car elles obligent les enfans à conférer à la maſſe commune, non-ſeulement ce qui auroit été légué à quelqu'un d'eux, mais même ce qui lui auroit été donné entre-vifs directement ou indirectement, au lieu qu'elles n'obligent les héritiers collatéraux qu'à laiſſer à la maſſe commune ce qui a été légué à quelqu'un d'eux, & non point ce qui auroit été donné entre-vifs à quelqu'un d'eux, ſe contentant qu'il y ait égalité entr'eux dans les biens de la Succeſſion qu'ils ont à partager, &

& ne faisant point d'attention à ceux qui ayant été donnés entre-vifs, ne sont plus partie de cette Succession.

Au surplus, c'est une espece de rapport que nos Coutumes ordonnent entre les héritiers ascendans ou collatéraux, comme entre les enfans, sinon que celui ordonné pour les enfans héritiers s'étend à plus de choses, s'étendant même à ce qui leur a été donné entre-vifs.

La vraie interprétation de ces termes, *aucun ne peut être héritier & légataire*, est donc celle-ci: aucun ne peut prétendre, à titre de legs, aucune chose des biens auxquels il a part comme héritier; mais il doit laisser les choses qui lui sont léguées, & les conférer à la masse commune qu'il a à partager avec ses cohéritiers.

La disposition de cette Coutume établissant un rapport qu'un héritier est obligé de faire à ses cohéritiers des choses qui lui sont léguées, il suit de-là que, pour qu'elle ait lieu, il faut être héritier de l'espece de biens dont on est légataire, & avoir des cohéritiers dans cette espece de biens auxquels on puisse être obligé de conférer ce qui en a été légué.

De-là il suit que celui qui est héritier de biens d'un défunt situés dans une Coutume, & qui n'est point appellé à la Succession des biens de la même personne situés dans une autre Coutume, peut être légataire de ces biens, comme le pourroit être un étranger; car n'étant point appellé par la Coutume du lieu à la Succession de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens. Par exemple, si une personne qui a laissé des freres & un neveu, avoit des biens situés à Orléans, où la représentation a lieu; & à Blois où elle n'a pas lieu, ce neveu, qui est héritier avec les freres du défunt aux biens situés à Orléans, pourra être légataire des biens situés à Blois, parce que la Coutume n'admettant point la représentation, il n'est point héritier de ces biens. Cela a été ainsi jugé par les Arrêts.

Il y a quelques auteurs qui ont prétendu que le neveu au moins ne pouvoit être légataire d'une plus grande portion dans les biens situés à Blois, que celle à laquelle il auroit succédé s'il eût été appellé à la Succession de ces biens avec les freres du défunt; mais cette opinion n'est fondée sur rien, & il faut décider qu'il peut être légataire de ces biens de la même maniere que le pourroit être un étranger; & par conséquent, si ces biens situés à Blois sont des acquêts, il peut être légataire du total, comme le pourroit être un étranger; la raison en est évidente: il ne peut être obligé à conférer ces biens qui lui sont légués, ni par la Coutume de Blois, ni par celle d'Orléans; la Coutume de Blois ne l'y oblige pas, puisqu'elle n'oblige à ce rapport que les héritiers; elle n'interdit la qualité de légataire qu'à des héritiers, & elle ne le reconnoît pas pour héritier. Il n'y peut être non plus obligé par la Coutume d'Orléans, qui ne peut ordonner un rapport des biens situés hors de son territoire, & sur lesquels elle n'a aucun empire.

Suivant le même principe, un frere consanguin ou utérin qui succede avec les freres germains du défunt aux biens situés dans la Coutume de Paris, qui ne donne aucune prérogative au double lien, peut être léga-

taire des acquêts situés dans la Coutume d'Orléans, desquels il n'est point héritier.

Si l'héritier étoit appellé à la Succession par l'une & l'autre Coutume, pourroit-il, en acceptant la Succession des biens qui lui sont déférés par l'une de ces Coutumes, répudier la Succession des biens qui lui est déférée par l'autre Coutume, dans laquelle sont situées les choses qui lui sont léguées, afin de pouvoir en être légataire ? Les avis des Commentateurs sont partagés sur cette question, elle dépend de celle que nous avons agitée ailleurs, si on peut accepter la Succession d'un défunt pour les biens qui sont déférés par une Coutume, & la répudier pour ceux déférés par une autre Coutume. J'y renvoie.

Du principe que nous avons établi, qu'il faut, pour que la disposition de nos Coutumes ait lieu, être héritier de l'espece de biens dont on est légataire, il suit que celui qui est héritier aux seuls propres d'une ligne, *putà* aux propres paternels, peut être légataire des meubles & acquêts; car n'étant point héritier de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens, & par conséquent rien ne l'empêche d'en être légataire. D'ailleurs les héritiers aux meubles & acquêts n'étant point ses cohéritiers, ne peuvent lui demander qu'il fasse le rapport de son legs, qu'il le laisse en masse commune, puisque ces héritiers ne sont point les cohéritiers de ce légataire, & n'ont aucune masse commune à partager avec lui, ses cohéritiers aux propres paternels ne peuvent l'exclure de sa part en la Succession des propres paternels, en lui opposant sa qualité de légataire, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt; & que, s'il est légataire, il ne l'est pas à leurs dépens, étant légataire de biens auxquels il n'a pas droit de succéder. *Vice versâ*, les héritiers aux meubles & acquêts ne peuvent pas, pour l'exclure du legs, lui opposer la qualité d'héritier aux propres paternels, n'ayant aucun intérêt à cette qualité qui leur doit être étrangere, puisque, quand le légataire renonceroit à cette qualité, ils n'en profiteroient pas.

Par ses mêmes raisons on doit décider qu'un héritier aux meubles & acquêts, & propres maternels, peut être légataire du quint des propres paternels.

Quoique ces raisons soient très-décisives, il faut néanmoins convenir que la Jurisprudence n'est pas bien constante sur ces questions, qu'elles ont été diversement jugées par les Arrêts, & qu'il y en a même quelque moderne qui a jugé contre notre sentiment; mais je ne pense pas qu'il doive être suivi.

Un frere consanguin qui succede avec les freres germains du défunt à ses propres paternels, peut-il être légataire des meubles & acquêts ? Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés, pour décider la question précédente, ne se rencontrent pas toutes ici ; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espece, que ceux à qui il demande la délivrance de son legs, ne soient pas ses cohéritiers, puisqu'il succede avec eux aux propres paternels; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espece, qu'ils n'ont aucun intérêt qu'il soit héritier ou non, puisque, s'il ne l'étoit pas,

sa part dans les propres paternels leur accroîtroit. Nonobstant cela, il y a une raison suffisante pour décider, comme dans la question précédente, que cet héritier peut être légataire ; cette raison est, qu'il n'est point héritier à l'espece de biens dont il est légataire : or, suivant le principe que nous avons établi ci-dessus, il faut, pour que la disposition de nos Coutumes ait lieu, être héritier de la même espece de biens dont on est légataire ; car, sans cela, les qualités d'héritier & de légataire ne se trouvent pas concourir.

La Coutume n'empêche quelqu'un d'être légataire que dans les biens dans lesquels il prend part en qualité d'héritier ; c'est ce que signifie cette ancienne regle, *aucun ne peut être aumônier*, c'est-à-dire légataire, *& parsonnier*, c'est-à-dire, & avoir part en qualité d'héritier ; la Coutume, en prononçant qu'aucun ne peut être légataire & héritier, ne veut autre chose qu'obliger les héritiers à rapporter, conférer, laisser en masse commune les choses qui leur sont léguées ; elle suppose donc que les choses léguées font partie d'une masse à laquelle ils ont droit de prendre part en qualité d'héritiers ; donc celui qui n'a aucun droit d'y prendre part, en qualité d'héritier, qui n'en est point héritier, en peut être légataire, quoiqu'il soit héritier d'une autre espece de biens.

Nous avons déjà observé une premiere différence entre le rapport qui a lieu entre les héritiers de la ligne directe, & ceux de la collatérale, qui est que celui qui a lieu dans la ligne collatérale, ne s'étend, par nos Coutumes, qu'aux legs faits à quelqu'un d'eux, au lieu que celui qui a lieu dans la ligne directe, s'étend même aux avantages faits par donations entre-vifs.

Il y a une seconde différence qui est qu'entre enfans, un enfant est tenu, non-seulement de rapporter ce qui est donné ou légué à lui même, mais même ce qui est donné ou légué à ses enfans, ce qui est donné à sa femme, à son mari, lorsqu'il profite de la donation, &c. au contraire, entre héritiers collatéraux, chacun n'est obligé de rapporter & conférer que ce qui lui a été légué à lui-même ; le legs fait à l'un des héritiers n'est pas valable, mais celui fait à quelqu'un des enfans de l'un des héritiers est valable. *Arrêt de Louet, let. D. n.* 17. Celui fait à sa femme est valable, quoiqu'il en profite & qu'il tombe en sa communauté.

La raison de ces différences est que les biens d'une personne n'étant pas dûs à ses héritiers collatéraux comme ils le sont à ses enfans, on n'a pas jugé à propos d'observer l'égalité entre les héritiers collatéraux avec le même scrupule qu'entre les enfans.

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui ne permettent pas de léguer aux enfans de l'héritier collatéral, comme Touraine, art 301, & les Coutumes d'égalité.

Par la même raison dans ces Coutumes, les legs faits à la femme de l'héritier, & généralement tous ceux dont l'héritier profiteroit indirectement, doivent être rapportés.

ARTICLE IV.

De la maniere dont on procéde au partage, & des licitations.

Les partages se font à l'amiable par acte pardevant Notaire, ou même souvent par acte sous seing-privé, ou bien ils se font par le Juge, ce qui s'observe assez souvent lorsque quelqu'un des copartageans est mineur.

Lorsque les Parties sont majeures, & qu'elles ne peuvent néanmoins s'accorder sur le partage, le Juge, sur la demande de l'une d'entr'elles, les renvoie pardevant quelqu'un de leurs parens ou amis communs sur la liste qu'ils en donnent, pour par lesdits parens ou amis communs, faire le partage & régler leurs contestations.

Quoique quelqu'une des Parties soit mineure, on ne laisse pas néanmoins assez souvent de renvoyer devant les parens & amis communs pour éviter les frais d'un partage en Justice.

Chacun des cohéritiers peut demander à avoir sa part en especes, des meubles de la Succession, aussi bien que des immeubles, pour cela les cohéritiers font entr'eux des lots de ces meubles, ou lorsqu'ils ne peuvent s'accorder sur la maniere de les composer, ils les font faire par quelqu'expert convenu ent'elles, telles que sont nos revendeuses publiques, ou qu'ils font nommer par le Juge, lorsqu'ils n'en peuvent convenir.

On fait autant de lots qu'il y a de copartageans, s'ils ne conviennent pas entr'eux sur le choix des lots, ils les tirent au sort.

S'il y avoit des dettes & autres charges de la Succession pour l'acquittement desquelles la vente des meubles fût nécessaire, aucun des héritiers ne seroit recevable à en empêcher la vente & à en demander le partage, qu'il n'offrît deniers suffisans pour la part dont il est tenu desdites dettes & charges.

S'il n'étoit pas nécessaire de vendre tout pour l'acquittement desdites charges & dettes, un des héritiers seroit bien fondé à demander qu'il n'en fût vendu que jusqu'à concurrence nécessaire, & qu'on commençât par la vente des effets périssables, & de ceux qui sont les moins précieux.

C'est encore une opération des partages, que le compte mobilier. On appelle compte mobilier le compte des sommes dont chacun des cohéritiers est obligé de faire raison à ses cohéritiers, & de celles dont il lui doit être fait raison. Nous avons expliqué en quoi elles consistoient ci-dessus.

Après le compte mobilier, on dresse une masse de tous les héritages & autres immeubles dont la Succession est composée, & on les y couche pour une certaine somme à laquelle on les a estimés.

Cette estimation peut se faire à l'amiable, lorsque tous les copartageans sont majeurs & qu'ils en conviennent, quand ils ne conviennent pas de l'estimation, ils la font faire par un ou plusieurs experts dont ils conviennent, ou qu'ils font nommer par le Juge lorsqu'ils ne conviennent pas.

Lorſque quelqu'un des copartageans eſt mineur, l'expert doit être nommé devant le Juge.

On ajoute à cette maſſe les héritages & autres choſes ſujettes à rapport, lorſqu'il y en a, & ces héritages ſujets à rapport, doivent être eſtimés de la même maniere que ceux laiſſés par le défunt en ſa Succeſſion.

On doit diſtinguer & eſtimer ſéparément dans cette maſſe les biens nobles, lorſque c'eſt une Succeſſion directe, & qu'il y a un aîné qui y a une portion avantageuſe, ou lorſque c'eſt une Succeſſion collatérale, & qu'il y a des mâles qui excluent les filles dans ces biens.

Il ne faut point comprendre dans cette maſſe le manoir & le vol de chapon que l'aîné a choiſi, car on ne comprend dans la maſſe que ce qui eſt à partager.

Lorſqu'il y a différentes eſpeces de biens auxquels différens héritiers ſuccedent, on en doit faire autant de maſſes & de partages ſéparés.

Lorſque la maſſe des biens qui ſont à partager eſt compoſée & fixée, on voit ce qui revient à chacun des copartageans dans cette maſſe qu'on diſtribue, s'il eſt poſſible en autant de lots qu'il y a de copartageans, & on aſſigne à chacun un lot.

Il n'eſt guères poſſible que les effets du lot aſſigné à chacun des copartageans, monte préciſément à la ſomme qui lui revient dans la maſſe; lorſqu'il monte à une ſomme plus forte, on le charge d'un retour envers quelqu'un de ceux des copartageans dont le lot ſe trouve plus foible que la ſomme qui leur revient dans la maſſe : *vice versâ*, ſi les effets dont le lot aſſigné à l'un des copartageans eſt compoſé, monte à une ſomme moindre que la ſomme qui lui revient dans la maſſe, on l'en récompenſe par un retour dont on charge envers lui le lot le plus fort.

Le Commiſſaire aux partages qui compoſe ces lots, doit obſerver de morceller le moins qu'il peut les héritages de la Succeſſion, & de compoſer les lots d'héritages de proche en proche.

Il aſſigne à chacun le lot qui lui eſt le plus convenable, ſouvent on les fait tirer au ſort.

Il y a des coutumes où c'eſt l'aîné qui fait les lots, & le plus jeune qui choiſit. Telle eſt celle d'Anjou, art. 279.

Lorſqu'il n'y a à partager qu'un ſeul corps d'héritage qui ne peut commodément ſe partager en autant de portions qu'il y a de copartageans, ou même lorſqu'il y en a pluſieurs, mais qu'il n'y en a pas aſſez pour compoſer des lots, eu égard au grand nombre de copartageans, les Parties ont coutume de convenir de la licitation, ou la font ordonner par le Juge, lorſque quelqu'une des Parties n'y conſent pas, ou eſt mineure.

On appelle licitation, l'adjudication qui ſe fait d'un héritage à celui des cohéritiers qui l'a porté au plus haut prix qu'il eſt condamné de payer à chacun de ſes cohéritiers pour la portion qu'ils ont chacun dans l'héritage ſa portion confuſe.

Lorſque les Parties ſont majeures, cette licitation ſe fait chez un Notaire; elle ſe fait entre les ſeuls copartageans, on n'admet point de perſonnes étrangeres à enchérir.

Néanmoins si quelqu'un des cohéritiers remontre qu'il n'a pas le moyen d'enchérir, & requiert en conséquence que les encheres des étrangers soient admises, ses cohéritiers doivent y consentir, & s'ils n'y consentent pas, il peut le faire ordonner par le Juge.

Lorsqu'on est convenu de cette licitation, ou que le Juge l'a ordonnée, on expose des affiches qui annoncent le jour & le Notaire chez qui se fera la licitation, l'héritage qui est à liciter, ses charges, les conditions sous lesquelles se fera la licitation, afin que chacun puisse porter son enchere.

Lorsque quelqu'un des copartageans est mineur, la licitation doit être ordonnée par le Juge, & elle ne le peut qu'il ne soit constant par un rapport d'experts, ou par la nature même de la chose que l'héritage ne se peut partager.

La licitation ne se fait pas en ce cas chez un Notaire, mais à l'audience du Juge, & l'adjudication pure & simple ne se fait qu'après trois remises.

Il est aussi de nécessité d'y admettre les encheres des étrangers.

ARTICLE V.

De l'effet des partages & licitations, & des actions de garantie qui en naissent.

§. I.

De l'effet des partages.

Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers, & de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de maniere que chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt à tous les effets compris en son lot, n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans les lots de ses cohéritiers. Le partage n'est donc pas considéré comme un titre d'acquisition par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avoient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot, mais c'est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt; chacun des cohéritiers, qui n'étoit qu'héritier en partie, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assigneroit un jour le partage que la nature de l'indivis de la Succession exigeoit.

Chaque héritier n'acquiert donc rien par le partage de ses cohéritiers, il tient tout du défunt immédiatement.

De-là il suit, 1°. que les partages ne donnent aucune ouverture aux profits féodaux ni censuels, suivant que nous l'avons vu en notre Traité des fiefs.

De-là il suit 2°. que les hypotheques des créanciers de chacun des cohéritiers se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur & qui sont susceptibles d'hypotheques, & qu'elles s'évanouissent & s'éteignent entiérement lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur que des choses mobilières & non susceptibles d'hypotheques, & qu'en conséquence, chacun des cohéritiers n'est aucunement tenu des hypotheques des créanciers de ses cohéritiers.

De tout ceci il suit aussi que chacun des cohéritiers n'a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu'il avoit dans la Succession qui lui est échue, que tel qu'il l'avoit, *nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse habet. L. 54, ff. de R. J.* Or chacun des cohéritiers n'avoit, avant le partage, qu'un droit indéterminé dans les biens de la Succession, qui devoit se restreindre & se déterminer aux effets qui lui écherroient par le partage pour son lot; les hypotheques de ses créanciers doivent donc pareillement se restreindre & se déterminer aux seuls effets compris en son lot qui sont susceptibles d'hypotheque, & s'évanouir entiérement, s'il ne lui échoit en son lot aucunes choses qui en soient susceptibles, le cohéritier n'étant censé avoir succédé qu'à ce qui échoit en son lot, n'a pu hypothéquer à ses créanciers que les effets qui lui écherroient dans son lot, & rien s'il ne lui échoit dans son lot aucune chose susceptible d'hypotheque. D'ailleurs, comme nous l'avons observé, chaque cohéritier étant censé tenir du défunt tout ce qui est échu en son lot, & ne tenir rien de ses cohéritiers, il suit de-là qu'il ne peut être tenu des hypotheques des créanciers de ses cohéritiers.

Il faut néanmoins convenir que notre Jurisprudence est en ce point contraire au Droit Romain; la chose qui échoit au lot d'un cohéritier ou autre copropriétaire, demeure chargée des hypotheques que l'autre cohéritier ou copropriétaire avoit imposées sur la portion indivise qu'il y avoit avant le partage. *L. 6, §. 8, ff. commun. divid.* La raison de cette différence vient de la différente maniere de considérer le partage. Dans le Droit Romain, on le considéroit comme une acquisition respective que chaque copartageant fait des portions que ses copartageans avoient avant le partage dans les effets qui échoient en son lot; au contraire, par notre Jurisprudence, le partage n'est point considéré comme une acquisition, mais de la maniere que nous l'avons dit. Notre Jurisprudence est beaucoup plus commode que le Droit Romain; les hypotheques étant extrêmement multipliées parmi nous, on n'auroit pu faire aucun partage sûrement si on ne se fût écarté du Droit Romain.

Il résulte de ceci que les créanciers d'un cohéritier ayant un très-grand intérêt au partage de la Succession échue à leur débiteur, peuvent y intervenir, & empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur rien que des choses mobilières non susceptibles d'hypotheque.

§. II.

Des différentes especes de retour de partage.

Nous avons vu dans l'article précédent que lorsqu'un lot étoit trop fort; on le chargeoit d'un retour envers quelqu'un des cohéritiers dont le lot étoit trop foible.

Ce retour consiste, ou dans une rente dont on charge le lot trop fort, ou dans une somme d'argent, suivant que les copartageans en conviennent.

Lorsque ce retour consiste dans une rente; par exemple, lorsqu'il est dit par le partage, que sur un tel lot il retournera à l'autre 20 livres de rente, cette rente est une vraie rente fonciere dont tous les héritages compris en ce lot sont chargés, à moins qu'on ne soit convenu de n'en charger qu'un des héritages de ce lot.

Le cohéritier envers qui le lot est chargé de ce retour de rente, a donc sur les héritages du lot qui en sont chargés tous les priviléges du Seigneur de rente fonciere que nous expliquerons en parlant du contrat de bail à rente.

Cette rente n'est pas rachetable, à moins qu'on ait stipulé par une clause de partage qu'elle le pourroit être.

En ce cas, comme la faculté de rachat ne vient point de la nature de la rente qui, nonobstant cette clause, a toujours la nature de rente fonciere, mais uniquement de la convention, il suit de-là que le droit de la racheter est sujet à la prescription de trente ans, & que si le cohéritier débiteur de cette rente n'use pas du droit de la racheter pendant ledit tems de trente ans, il ne peut être recevable au rachat.

La rente dont un lot est chargé par le partage étant une rente fonciere, il suit de-là que ce n'est pas tant le cohéritier à qui le lot chargé de cette rente est échu qui en est le débiteur, que ce sont les héritages de ce lot qui en sont chargés. Le cohéritier ne doit donc cette rente que comme détenteur des héritages de ce lot; il peut donc s'en libérer en offrant de les déguerpir, à moins qu'il n'y eût clause par le partage par laquelle il se seroit obligé à fournir & faire valoir cette rente, car cette clause exclud le déguerpissement, & oblige personnellement celui qui a subi cette obligation, suivant que nous le verrons au Traité du déguerpissement.

Par la même raison, si le cohéritier à qui est échu le lot chargé de cette rente, a aliéné tous les héritages de ce lot, & n'en possede plus rien, il cesse d'être tenu de cette rente; si néanmoins le partage contenoit la clause de fournir & faire valoir la rente, il y demeureroit subsidiairement obligé au cas que le créancier ne pût s'en faire payer sur les héritages qui en sont tenus.

Lorsque le lot trop fort a été chargé de retourner une somme d'argent à quelqu'un des cohéritiers dont le lot étoit trop foible, ce retour est

dette personnelle du cohéritier à qui le lot chargé de ce retour est échu, il contracte par le partage cette dette envers son cohéritier envers qui il en est chargé.

Cette dette doit se payer dans les termes portés par le partage; & s'il n'est fait mention d'aucun terme, elle est exigible incontinent.

Le cohéritier à qui ce retour est dû, a une hypotheque privilégiée sur tous les effets du lot qui en est chargé; cette créance, quoique mobilière & exigible, lui produit des intérêts qui courent du jour du partage, quand même ils n'auroient point été stipulés.

Le cohéritier qui en est débiteur ayant dès ce jour la jouissance de tous les héritages compris en son lot, doit payer dès ce jour les intérêts de cette somme, qui est le prix de ce qu'il a d'héritages de plus qu'il ne lui revenoit dans la masse; car tout débiteur d'une somme qui est le prix d'héritages dont il jouit, en doit, *ex naturâ rei*, les intérêts du jour qu'a commencé sa jouissance, n'étant pas juste qu'il jouisse tout à la fois & de l'héritage & du prix; c'est ce que nous avons établi en notre Traité du contrat de vente, & cela ne souffre aucune difficulté.

Lorsque le lot trop fort est chargé envers un autre cohéritier de lui retourner une somme, & que tout de suite par le partage on lui constitue une rente pour le prix de cette somme; par exemple, s'il est dit que celui à qui un tel lot écherra retournera à un tel autre lot la somme de 400 livres pour le prix de laquelle somme il lui fera 20 livres de rente; cette rente n'est point une rente fonciere; car, dans cette espece, le retour consistoit en une somme de deniers; les héritages compris dans le lot chargé de retour n'ont point été chargés du retour d'une rente; c'est le cohéritier chargé du retour de la somme de deniers qui, pour le prix de cette somme qu'on n'a point exigée de lui, en a constitué une rente envers le cohéritier envers qui il étoit chargé de ce retour.

Cette créance est donc une rente constituée, une rente personnelle; le créancier à qui elle est due n'a point pour cette rente les privileges attribués aux Seigneurs de rente fonciere; cette rente est toujours rachetable, l'étant par sa nature; mais, d'un autre côté, le cohéritier qui en est le débiteur, ne cesse point d'en être principalement tenu, quoiqu'il ait aliéné les héritages compris dans son lot; car c'est lui qui en est personnellement & principalement débiteur, les héritages n'y sont qu'hypothéqués par privilége; par la même raison, il est évident qu'il ne pourroit s'en libérer en offrant le déguerpissement des héritages de son lot.

§. III.

De la garantie de Partage.

De l'égalité qui doit être entre les héritiers qui partagent une même Succession & un même patrimoine, naît l'obligation qu'ils contractent réciproquement les uns envers les autres de se garantir la libre possession

des effets qui échoient dans le lot de chacun; car il est évident que cette égalité seroit blessée, si l'un des cohéritiers souffroit l'éviction d'effets échus en son lot, & qu'il ne fût pas récompensé de cette perte par ses cohéritiers; puisqu'il se trouveroit avoir une portion dans la Succession, moindre que la leur.

Cette obligation de garantie est établie par la *Loi* 14, *Cod. fam. ercisc.* Quelques Coutumes en ont des dispositions; & il n'est pas douteux qu'elle a lieu dans celles qui ne s'en expliquent pas, étant fondée sur une équité naturelle.

Elle a lieu de quelque maniere que le partage ait été fait, à l'amiable, ou par le Juge, ou même lorsque le défunt a fait lui-même le partage de ses biens entre ses enfans, même dans les Provinces où les prélegs sont permis; car la présomption est que le pere, en faisant ce partage entre ses enfans, a voulu l'égalité entr'eux.

Pour que l'éviction soufferte par un cohéritier donne lieu à cette garantie, il faut, 1°. qu'elle procede d'une cause ancienne & qui existât au tems du partage, & non d'une cause survenue depuis. 2°. Qu'elle ne procede point de la nature de la chose donnée par le partage pour être de telle nature. 3°. Que le cohéritier ne l'ait pas souffert par sa faute. 4°. Que ce ne soit pas une espece d'éviction qui ait été exceptée de l'obligation de la garantie par une clause particuliere du partage.

Nous disons, 1°. que l'éviction doit procéder d'une cause ancienne, & qui existât au tems du partage. Par exemple, s'il est échu dans le lot d'un cohéritier un héritage qui fût hypothéqué à un créancier de celui qui l'avoit vendu au défunt, & que cet héritier ait souffert l'éviction de cet héritage sur l'action hypothécaire de ce créancier, cette éviction donnera lieu certainement à la garantie de partage; car elle procede de l'hypotheque que ce créancier avoit dès le tems du partage sur cet héritage, & par conséquent d'une cause qui existoit au tems du partage.

Au contraire, si j'ai souffert l'éviction d'une piece de terre échue à mon lot, qu'on m'a prise pour y faire un grand chemin, il n'y a pas lieu à la garantie de partage, quoique je n'aie pu obtenir du prince aucun dédommagement; car cette éviction procéde d'une cause nouvelle & survenuë depuis le partage, dont, par conséquent, mes cohéritiers ne me sont point garants; les héritages qui me sont échus par mon lot de partage devant être à mes risques depuis le partage. Cette piece de terre dont j'ai souffert l'éviction pour une cause survenue depuis le partage, m'étoit, lors du partage, aussi avantageuse que les effets échus dans le lot de mes cohéritiers, qui n'ont souffert aucune éviction, & par conséquent le partage ne contient aucune inégalité pour laquelle il puisse m'être dû aucune récompense; mais l'héritage qui, dès le tems du partage, étoit hypothéqué à un créancier, & par conséquent sujet à l'éviction, étoit, dès ce tems, un effet qui ne m'étoit pas si bon que les effets échus dans les lots de mes cohéritiers, qui n'étoient sujets à aucune éviction, dès ce tems mon lot n'étoit pas si bon que les leurs; il y avoit, dès ce tems inégalité qui donne lieu à la garantie pour que j'en sois récompensé.

Nous avons dit, 2°. que pour qu'il y ait lieu à la garantie de partage, il falloit que l'éviction ne procédât pas de la nature même de la chose donnée par le partage pour être de telle nature. Par exemple, s'il m'est échu dans mon lot la Seigneurie utile d'une maison pour le tems de quinze ans qui en restoit à expirer, & qu'elle ait été déclarée telle par le partage, l'éviction que je souffre de cette maison par l'expiration des quinze années qui en restoient à expirer ne donne lieu à aucune garantie de partage; car c'est une éviction qui procede de la nature même de la chose qui a été donnée pour telle par le partage, y ayant été déclarée réversible au bout de quinze ans.

Cette éviction ne donne aucune atteinte à l'égalité qui doit être entre les lots, car elle est entrée en considération, & la chose sujette à cette éviction en a été estimée d'autant moins.

Que si elle n'avoit pas été déclarée réversible par le partage, ou qu'elle eût été déclarée réversible après un tems plus long que celui après lequel elle l'étoit effectivement, il n'est pas douteux qu'en ce cas il y auroit lieu à la garantie.

Nous avons dit, en troisieme lieu, qu'il falloit que l'éviction ne fût pas arrivée par sa faute; car, en ce cas, il doit s'imputer à lui-même la perte qu'il souffre; il est juste que ce soit lui qui souffre de sa propre faute, & non ses cohéritiers. C'est pourquoi si un cohéritier, après avoir été mis en possession d'une piece de terre par le partage, en laisse usurper la possession par son voisin, & qu'après la possession acquise au voisin, par an & jour, il donne la demande en revendication contre ce voisin, dans laquelle il succombe faute de justifier qu'elle lui appartînt, il n'y a pas lieu à la garantie contre ses cohéritiers; car c'est par sa faute qu'il souffre l'éviction de cette piece de terre, il auroit pu la conserver, s'il n'en avoit pas laissé usurper la possession.

Un autre exemple d'éviction soufferte par la faute du cohéritier, c'est lorsqu'il a omis d'opposer une prescription qui lui étoit acquise contre la demande sur laquelle il a été évincé. Mais s'il a eu soin, comme il le doit, d'appeler en garantie ses cohéritiers lorsqu'il a été assigné, ses cohéritiers ne pourront pas lui opposer cette faute; car étant appelés en garantie, ils étoient tenus de le défendre, & par conséquent, d'opposer toutes les prescriptions qui pouvoient être opposées contre la demande, &, par conséquent, ils ne sont pas recevables à opposer au cohéritier qui a souffert l'éviction qu'il n'a pas opposé cette prescription; car étant tenus eux-mêmes de l'opposer, ils ne peuvent être recevables à lui opposer une faute qui leur est commune avec lui.

Enfin, nous avons dit, 4°. qu'il falloit que ce ne fût pas une espece d'éviction qui ait été exceptée de la garantie par une clause particuliere du partage, comme par exemple, si une métairie est assignée dans un lot avec cette clause, que de cette métairie dépend un minot de terre situés en tel endroit pour raison duquel il y a contestation avec le voisin dont celui à qui le lot écherra se défendra comme il pourra. On peut imaginer mille autres exemples.

Lorsque les conditions que nous avons requises concourent, il y a lieu à la garantie, & il n'importe quelle espece d'éviction le cohéritier ait soufferte.

Il n'importe que ce soit ou sur une action de revendication de la part du vrai propriétaire de l'héritage qui lui a été donné en son lot comme appartenant à la Succession, quoiqu'il ne lui appartînt pas, ou sur une action *ex testamento* de la part d'une personne qui y avoit droit en vertu d'un substitution ouverte à son profit par la mort du défunt, ou sur quelqu'autre action que ce soit.

Pareillement il y a lieu à la garantie, soit que le cohéritier ait souffert l'éviction entiere de l'héritage, soit qu'il ait été obligé de se soumettre à quelque charge réelle, ou à quelque servitude dont il étoit chargé sans que cette charge ou servitude ait été déclarée par le partage; car c'est une espece d'éviction qu'il souffre, puisqu'il ne peut avoir une possession aussi pleine & aussi libre de l'héritage qu'elle lui avoit été donnée par le partage.

Il faut excepter de cette décision les charges Seigneuriales dont les héritages sont chargés par la Coutume des lieux, & les servitudes visibles. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient déclarées par le partage pour exclure l'action de garantie, parce que le cohéritier a dû les prévoir.

Vice versâ, si quelqu'héritage a été donné par partage à un cohéritier, comme ayant quelques droits de servitude sur des héritages voisins, & qu'il soit jugé que cet héritage n'avoit point ces droits, c'est une éviction qu'il souffre qui donne lieu à la garantie.

En bref, toutes les fois que les choses échues en mon lot ne sont pas telles qu'elles ont été déclarées être par le partage, & que j'ai intérêt qu'elles soient, il y a lieu à la garantie de partage, quand même je ne souffrirois pas d'éviction, comme si l'héritage qui est échu dans mon lot est d'une moindre continence que celle déclarée par le partage.

On demande si la connoissance que l'héritier auroit eue, lors du partage de la cause de l'éviction qui est survenue depuis doit l'exclure de la garantie? Il faut dire que non, si cette éviction à laquelle l'héritage étoit sujet n'est point entrée en considération dans le partage, & qu'il ait été estimé comme s'il n'y étoit pas sujet; car ce qui donne lieu à la garantie de partage est l'inégalité que l'éviction cause, laquelle se rencontrant également dans le cas où le cohéritier qui a souffert l'éviction a eu connoissance de la cause de l'éviction, comme dans le cas auquel il n'en a pas eu connoissance, il doit y avoir également lieu à la garantie en l'un & l'autre cas.

Que s'il paroissoit que le cohéritier, au lot duquel l'héritage est tombé, eût été par le partage chargé des risques de l'éviction, que pour cet effet on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur, en ce cas il n'est pas douteux qu'il n'y auroit pas lieu à la garantie.

Aussitôt qu'un héritier est assigné sur quelque demande tendante à éviction, il lui est important d'appeler incontinent en garantie ses cohéritiers; 1°. parce qu'ils ne sont tenus de l'acquitter des frais pour la part dont

ils sont héritiers que du jour qu'ils sont appellés en cause, il n'a aucun recours contr'eux pour tous ceux qui se font dans le tems intermédiaire. 2°. S'il s'étoit laissé condamner sans avoir fait statuer en même tems sur la garantie, il pourroit arriver qu'il n'eût aucun recours contr'eux; car pour qu'il l'eût il faudroit qu'il leur justifiât qu'il a été justement condamné, sans quoi ses cohéritiers se défendroient valablement, en lui disant que s'ils avoient été appellés, ils auroient pu se défendre mieux que lui, & empêcher la condamnation intervenue contre lui; que d'ailleurs l'éviction qu'il souffre *per injuriam judicis*, est une éviction qui ne procede pas d'une cause existante au tems du contrat, mais d'une autre cause nouvelle, & qui ne peut par conséquent donner lieu à la garantie.

L'obligation de la garantie consiste en ce que chacun des cohéritiers est obligé, pour la portion dont il est héritier, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causé l'éviction. Par ce moyen, l'inégalité que l'éviction causoit dans les lots est réparée: *finge*; un homme laisse 12000 liv. de biens qui sont partagés entre six cohéritiers qui ont chacun un lot de 2000 liv. l'un d'eux souffre une éviction de 600 livres qui réduit son lot à 1400 livres, chacun de ses cohéritiers est obligé de l'indemniser de cette perte pour la portion dont il est héritier, c'est-à-dire, une sixieme portion qui se monte à 100 livres; il recevra donc 500 livres de ses cinq cohéritiers, & il ne manquera plus sur son lot de 2000 livres que la somme de 100 livres, & il manquera aussi sur le lot de 2000 livres de chacun de ses cohéritiers la somme de 100 livres qu'ils ont été obligés de lui donner, & par ce moyen, l'égalité sera parfaitement rétablie entr'eux.

Si quelqu'un des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction, a un recours de garantie, étoit insolvable, cette insolvabilité seroit une nouvelle perte qu'il souffriroit dans son lot, laquelle devroit pareillement être répartie entre lui & ses cohéritiers solvables; *finge*, en retenant la même espece que ci-dessus, que trois des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction a recours, sont entiérement insolvables, cette insolvabilité lui cause une perte de 300 livres qu'ils lui devoient pour leurs trois portions dont ils étoient tenus de la garantie; cette perte de 300 livres doit être partagée entre lui & les deux autres cohéritiers solvables qui doivent en porter chacun 100 liv.

On suit d'autres principes à l'égard de la garantie des offices; car comme l'office est aux risques de l'enfant à qui on l'a donné, il suit de-là qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Il en est encore autrement de la garantie des rentes, car il y a lieu à cette garantie, lorsque la rente devient caduque par l'insolvabilité des débiteurs, quand même la caducité n'arriveroit que plus de cent ans après le partage, & cette caducité s'établit par la discussion des débiteurs & des biens sujets à la garantie.

Quelle est la raison sur laquelle peut être fondée cette garantie? Toutes les autres choses commencent dès l'instant du partage, à être aux risques

du cohéritier au lot duquel elles ſont échues, ſi elles viennent à périr depuis le partage, comme par exemple, ſi une maiſon brûle ou tombe de vétuſté, ſes cohéritiers ne lui en ſont point garants, il en ſouffre la perte ſans aucun recours. Pourquoi, de même, une rente qui lui ſera échue depuis le partage, n'eſt-elle pas à ſes riſques? Pourquoi les cohéritiers lui ſont-ils garants de ſa caducité? La raiſon eſt qu'une rente eſt un être ſucceſſif, compoſé de parties qui doivent ſe ſuccéder les unes aux autres juſqu'au rachat qui s'en peut faire, & qui de ſa nature doit durer juſqu'au rachat. Le cohéritier à qui elle eſt échue par le partage, ne l'a donc point entiere, lorſqu'elle ceſſe d'être payable, il faut donc que ſes cohéritiers la lui parfourniſſent, en la lui continuant juſqu'au rachat. Il n'en eſt pas de même d'une maiſon ou autre choſe, ces êtres ne conſiſtent point dans une Succeſſion de parties; dès le premier inſtant que j'ai une maiſon, j'ai tout ſon être, ſi elle vient à périr par quelque cas fortuit, c'eſt une ſuite de ſa nature. Les maiſons au contraire, comme tous les autres ouvrages des hommes ne ſont pas de nature à toujours durer.

Pour qu'il y ait lieu à cette garantie, il faut que ce ne ſoit pas la faute de l'héritier à qui la rente eſt échue, qu'elle ſoit devenue caduque, comme s'il avoit laiſſé preſcrire les hypotheques qu'il auroit pour cette rente, s'il les a laiſſé éteindre en manquant de s'oppoſer au décret pour les conſerver.

Cette garantie conſiſte en ce que chaque cohéritier eſt tenu de continuer la rente pour la portion dont il eſt héritier, à celui à qui elle étoit échue, & de lui en payer, pour ladite portion, les arrérages anciens dont il n'a pu être payé.

Si quelqu'un des cohéritiers tenus de cette garantie étoit inſolvable, l'inſolvabilité devroit ſe répartir entre ceux qui ſont ſolvables & celui à qui la garantie eſt due, ſuivant que nous l'avons dit ci-deſſus.

Cette garantie de la caducité des rentes eſt quelquefois reſtreinte à un certain tems, ou même excluſe par une clauſe du partage. Par exemple, on convient quelquefois que les copartageans ne ſeront point garants de la caducité des rentes qui arriveront dix ans après le partage, ou même abſolument qu'ils n'en ſeront point garants.

Il y a auſſi une garantie de fait pour les créances exigibles qui échoient par partage à quelqu'un des héritiers, ſi après avoir fait des diligences dans un tems convenable il ne peut être payé, il a un recours de garantie contre ſes cohéritiers, pour qu'ils l'indemniſent chacun pour leur portion héréditaire. Mais, s'il a manqué de ſe faire payer dans un certain tems ſuffiſant, il n'a aucun recours; parce que c'eſt en ce cas ſa faute de ne s'être pas fait payer, pendant que les débiteurs étoient peut-être en état.

L'action de garantie, comme toutes les autres actions, ſe preſcrit par trente ans qui ne commencent à courir que du jour qu'elle eſt ouverte, c'eſt-à-dire, du jour de l'éviction, & à l'égard de la garantie de fait des rentes & autres créances, du jour que la caducité en a été conſtatée par la diſcuſſion des débiteurs.

§. IV.

De l'hypotheque privilégiée pour les obligations résultantes du partage.

C'est encore un des effets du partage que les biens échus au lot de chaque cohéritier soient hypothéqués par hypotheque privilégiée à toutes les obligations résultantes du partage, tels que sont 1°. le retour en deniers ou rentes dont ce lot seroit chargé. 2°. L'obligation de garantie envers les cohéritiers auxquels sont échus les autres lots, 3°. Les rapports des sommes données ou prêtées à quelqu'un des cohéritiers. 4°. Enfin toutes les prestations personnelles dont un héritier peut être tenu envers ses cohéritiers.

Le cohéritier créancier de ces choses a une hypotheque privilégiée sur tous les biens compris au lot de ses cohéritiers qui en sont débiteurs.

Cette hypotheque privilégiée a lieu, quand même le partage auroit été fait sous seing-privé, car elle naît de la nature même de l'acte de partage, chaque cohéritier ne succede au défunt aux biens échus à son lot, qu'à la charge de ces obligations; les biens y sont par conséquent affectés; il ne peut ni les aliéner ni les obliger à d'autres que sous la même charge sous laquelle il les a lui-même, *cùm nemo plus juris ad alium transferre possit quàm ipse habet.*

Les tiers détenteurs, qui ont acquis d'un héritier les biens échus en son lot, peuvent prescrire contre cette charge par la prescription de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, du jour de cette acquisition, si ces biens sont situés dans des Provinces où cette prescription a lieu, ou par celle de trente ans, dans celle qui comme la nôtre, n'en admet point d'autres.

Les cohéritiers qui ont ces hypotheques doivent, pour interrompre cette prescription, donner l'action en interruption contre ces tiers détenteurs, pour faire déclarer les héritages par eux acquis & hypothéqués à toutes les obligations résultantes du partage, quand même les actions résultantes de ces obligations ne seroient pas encore ouvertes.

A l'égard de l'action hypothécaire aux fins de délaisser ou de payer, il est évident qu'elle ne peut être intentée contre ces tiers détenteurs, par les cohéritiers qui ont ces hypotheques, que du jour que les actions qu'ils ont sont ouvertes.

Les tiers détenteurs ne peuvent opposer la discussion contre cette action hypothécaire. Car l'hypotheque qu'ont les cohéritiers pour les actions qu'ils ont résultantes du partage, n'est pas une simple hypotheque, mais une qualité de ces actions qui sont personnelles-réelles, *personales in rem scriptæ*, & ont lieu contre les détenteurs des biens affectés aux obligations du partage.

Article VI.

De la Rescision des Partages.

Les partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes pour lesquelles se rescindent les autres Actes, comme pour cause de violence, de surprise, d'erreur de fait.

Les mineurs qui sont lésés dans un partage, sont aussi restituables contre ce partage, comme ils le sont dans les autres actes dans lesquels ils sont lésés.

A l'égard des majeurs, la seule cause de lésion ne leur donne point le droit d'être restitués contre le partage, à moins qu'elle ne soit considérable. Il n'est pas nécessaire, néanmoins, qu'elle soit d'outre moitié, comme dans les autres contrats de commerce; c'est une très-ancienne Jurisprudence que la lésion du tiers au quart, (c'est-à-dire qui passe le quart) suffit pour restituer un majeur contre un partage. Car quoique l'égalité doive être l'ame de tous les contrats de commerce, elle est encore requise avec plus d'exactitude dans les partages; tout notre Droit François ne tend qu'à cette égalité.

Les partages peuvent être rescindés pour cause de cette lésion. 1°. Quand même ils auroient été faits en Justice.

2°. Quoique les lots aient été tirés au sort; car l'intention des parties a été que les lots fussent égaux, & n'a pas été de faire un contrat aléatoire.

3°. Quand même le partage auroit été qualifié par le Notaire de transaction. Il est vrai que, selon l'Édit des transactions, on ne peut être restitué contre une transaction, pour quelque lésion que ce soit; mais cet édit ne s'étend pas à des actes qui n'ont de la transaction que le nom, & qui au fond ne contiennent qu'un partage.

4°. La vente qu'un des cohéritiers fait à l'autre de sa part dans les immeubles de la Succession tenant lieu de partage, doit être aussi sujette à restitution, pour la seule lésion d'outre le quart. Que s'il vendoit ses droits successifs à son cohéritier, quoique cette vente tienne aussi lieu de partage, elle n'est guères sujette à rescision; car l'*incertum æris alieni* dont l'acheteur se charge, empêche qu'on ne puisse dire qu'il y a lésion, & met cet acte au rang des contrats aléatoires contre lesquels la restitution pour cause de lésion n'est pas admise.

Cette décision n'a lieu que lorsque les deux contractans n'étoient pas plus instruits l'un que l'autre des droits de la Succession.

La restitution contre les partages doit être demandée par les majeurs dans les dix ans, de même que contre les autres actes.

L'effet de cette restitution est qu'on ordonne un nouveau partage; on pourroit quelquefois éviter, selon les circonstances, le nouveau partage, en faisant donner un supplément en argent ou héritage à la partie lésée.

CHAPITRE V.

CHAPITRE V.

Des Dettes & autres Charges des Successions.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les Dettes & autres Charges des Successions ?

1°. TOUTES les dettes du défunt résultantes des obligations qu'il avoit contractées, sont dettes de la Succession.

Il faut distinguer entre ces dettes les dettes d'une somme de deniers, les dettes d'une chose indéterminée; *putà*, si le défunt s'étoit obligé de donner à quelqu'un un cheval de 30 pistoles; & les dettes d'un corps certain & déterminé, *putà*, si le défunt s'est obligé envers quelqu'un de lui donner un tel cheval.

Il faut aussi distinguer les dettes mobilières de sommes exigibles, & les rentes dues par le défunt.

Il y a des dettes de la Succession du défunt qui n'ont jamais été dues par le défunt, parce qu'elles ne naissent qu'à sa mort, & qui ne laissent pas d'être dettes de la Succession, parce que c'est le défunt qui les a contractées; tel est le douaire d'une certaine somme de deniers ou d'une rente viagere qu'il a constituée à sa femme; tel est le fidéicommis de sommes ou de choses qu'il a été chargé de restituer après sa mort, &c.

2°. Les frais funéraires du défunt sont charges de sa Succession.

3°. Les frais d'inventaire & tous ceux faits pour parvenir à la liquidation & partage des biens.

4°. Les legs faits par le défunt sont aussi charges de la Succession.

Il faut pareillement à l'égard des legs distinguer, comme nous avons fait à l'égard des dettes, les legs d'une somme de deniers, d'une chose indéterminée, & les legs d'un corps certain, nous verrons par la suite l'usage de cette distinction.

A l'égard des rentes foncieres & autres redevances dont les héritages de la Succession sont chargés, ce sont des charges particulieres des héritages qui en sont chargés, plutôt que des charges de la Succession, si ce n'est à l'égard des arrérages qui en ont couru jusqu'à la mort du défunt, lesquels sont dettes de la Succession.

Il en est de même des profits & droits de centieme denier. Ce sont charges particulieres des héritages pour lesquels ces profits & droits sont dûs, dont sont tenus seulement ceux qui y succedent. Que s'il en étoit dûs d'anciens, ils seroient dettes de la Succession.

ARTICLE II.

De ceux qui sont tenus des Dettes & Charges des Successions.

Les personnes qui sont tenues des dettes & charges d'une Succession, & qui y contribuent, sont les héritiers, tous ceux qui sont à leurs droits, les donataires universels, les légataires universels, & tous successeurs universels tels qu'ils soient.

§. I.

Des Héritiers.

Les héritiers, par leur qualité d'héritiers, succédent à tous les droits tant actifs que passifs du défunt; & par conséquent, à toutes les obligations du défunt, à toutes les dettes.

Lorsqu'un défunt laisse différens héritiers à différentes especes de biens; comme tous succédent à la personne du défunt & la représentent; ils succédent tous aux dettes & obligations personnelles du défunt telles qu'elles soient.

A l'exception de quelques Coutumes, telles que celle d'Auvergne, on ne considere ni la cause, ni l'origine des dettes; on considere bien dans l'actif d'une Succession l'origine d'où les biens immeubles procédent, mais on ne considere point ni la cause, ni l'origine du passif des Successions; de ce principe naît la décision des questions suivantes.

Une personne a laissé dans sa Succession un héritage qu'il a acheté, & dont il doit le prix, & il laisse un héritier aux meubles & acquêts, & un autre héritier aux propres, celui-ci sera-t-il tenu pour sa part héréditaire de la somme qui est due pour le prix de l'acquêt auquel il ne succede point, ou de la rente constituée pour ce prix? Sans doute; car, suivant notre principe, on ne considere point quelle est la cause des dettes; il suffit que le défunt ait laissé cette dette dans sa Succession pour que tous ses héritiers en soient tenus.

Vice versâ, un homme, lors de sa mort, devoit à son vigneron le prix des façons faites de son vivant à une maison de vignes qui étoit un propre paternel, il laisse un héritier au mobilier, & un héritier à ce propre paternel, ce dernier sera-t-il tenu seul de la somme due pour le prix des façons faites du vivant de celui auquel il succede? La raison de douter est que cet héritier aux propres paternels profite seul des fruits pour lesquels ces façons ont été faites; que celui qui a les fruits en doit seul porter les charges, & par conséquent, le prix des façons, qui sont une charge des fruits, suivant ce principe du Droit Romain, *impensæ sunt onera fructuum*. La raison de décider, au contraire, qu'il n'en est

pas seul tenu, & que l'autre héritier doit contribuer à cette dette, se tire de notre principe, qu'on ne considere point la cause ni l'origine des dettes; qu'il suffit que le défunt ait laissé dans sa Succession cette dette qu'il a contractée envers son vigneron, pour que tous ses héritiers qui lui succédent à toutes ses obligations en soient tenus. A l'égard de l'objection qu'on fait que l'héritier paternel qui recueille les fruits doit payer les façons qui sont une charge des fruits; la réponse est que cette regle n'a d'application que lorsque les impenses ont été faites par une personne différente de celle qui recueille les fruits; alors, suivant cette regle, celui qui recueille les fruits doit rembourser les façons qui en sont une charge à celui qui les a faites, lequel, en faisant ces façons, a fait l'affaire de celui qui a recueilli les fruits, *ejus negotium gessit non suum*; mais, dans notre espece, c'est la même personne qui a recueilli les fruits & qui en a fait faire les façons; car l'héritier qui les a recueillis est censé la même personne que le défunt qui les a fait faire; il succede à l'héritage en l'état de façons qu'il se trouve lors de la mort du défunt; il en doit profiter, & la regle que les impenses sont une charge des fruits, ne peut ici recevoir aucune application.

Un homme qui lors de son mariage n'avoit que des propres paternels, a constitué un douaire préfix à sa femme d'une somme d'argent ou d'une rente viagere, les héritiers aux propres paternels en seront-ils seuls tenus? La raison de douter est que le douaire préfix tient lieu du coutumier dont ils auroient été seuls chargés. Il faut néanmoins décider, au contraire, que les héritiers aux meubles & acquêts y contribueront; la raison est qu'on ne considere point la cause des dettes.

Quid, si la femme, par le contrat de mariage, avoit le choix du préfix ou du coutumier? Il dépendra de son choix que les héritiers aux meubles & acquêts en soient tenus ou non; car si elle choisit le préfix, ils y contribueront; si elle choisit le coutumier, comme il consiste dans un usufruit, qui est une charge réelle des propres qui y sont sujets, & que le mari avoit lors de son mariage, il n'est pas douteux que ceux qui succéderont à ces propres en seront seuls chargés.

Jacques, après avoir recueilli la Succession aux propres de Pierre, son parent paternel, meurt & laisse lui-même un héritier aux meubles & acquêts, & propres maternels, & un autre aux propres paternels, l'héritier paternel, qui profite seul dans la Succession de Jacques, de tout ce que Jacques a eu en actif de la Succession de Pierre, doit-il être tenu seul des dettes passives de la Succession de Pierre qui se trouvent encore dues? Non; l'héritier maternel de Jacques, quoiqu'il ne profite en rien de la Succession de Pierre, doit porter sa part des dettes de Pierre; la raison en est que les dettes du défunt deviennent les dettes de son héritier, qui a accepté sa Succession; les dettes de Pierre étant donc devenues les dettes de Jacques, l'héritier maternel de Jacques en doit sa part, & il n'importe que les dettes proviennent d'une Succession échue à Jacques dont un autre héritier que lui a tout le profit; car, selon notre principe, on ne considere point dans les Successions l'origine des dettes passives.

Cette déciſion devroit-elle être ſuivie ſi Jacques avoit été ſeulement héritier bénéficiaire de Pierre ? La raiſon de douter eſt que le bénéfice d'inventaire empêche la confuſion des patrimoines du défunt & de ſon héritier bénéficiaire, d'où il ſemble ſuivre que les dettes de la Succeſſion de Pierre ne ſont point dettes de la Succeſſion de Jacques, ſon héritier bénéficiaire; que de même que Jacques n'auroit pu être pourſuivi ſur ſes propres biens pour les dettes de Pierre, de même l'héritier maternel de Jacques qui ne ſuccede qu'aux propres biens de Jacques, & qui ne ſuccede à aucuns biens provenus de celle de Pierre, ne peut être tenu des dettes de Pierre; que c'eſt l'héritier paternel de Jacques qui trouve dans la Succeſſion de Jacques tous les biens de la Succeſſion bénéficiaire de Pierre, qui en doit ſeul être tenu. Néanmoins Auzanet, ſuivi par le Maître, décide que l'héritier maternel de Jacques doit contribuer aux dettes de Pierre. Sa raiſon eſt que la ſéparation des patrimoines qu'eſt cenſé opérer le bénéfice d'inventaire, eſt une fiction qui n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la Succeſſion bénéficiaire, pour les obliger à ſe venger ſur les biens de la Succeſſion bénéficiaire pour leurs créances, plutôt que ſur ceux de l'héritier; mais cela n'empêche pas que l'héritier bénéficiaire étant vraiment héritier du défunt, dont il eſt héritier bénéficiaire, ne ſoit vraiment débiteur de ce dont le défunt étoit débiteur, puiſqu'il eſt de l'eſſence & de la qualité de l'héritier de ſuccéder à tous les droits actifs & paſſifs du défunt. Les dettes de la Succeſſion bénéficiaire ſont donc vraiment devenues les dettes de l'héritier bénéficiaire, quoiqu'il ait le privilege de s'en libérer en abandonnant les biens de la Succeſſion bénéficiaire, & de renvoyer les créanciers à ſe venger ſur ces biens. Que ſi les dettes de la Succeſſion bénéficiaire de Pierre ſont devenues vraiment les dettes de Jacques, tous les héritiers de Jacques en doivent être tenus, les créanciers de la Succeſſion bénéficiaire ne pourront, à la vérité, ſe venger ſur les biens particuliers de Jacques; mais l'héritier paternel de Jacques, qui poſſede les biens de la Succeſſion bénéficiaire de Pierre, lorſqu'il aura payé leſdits créanciers, aura recours contre l'héritier maternel de Jacques *judicio familiæ erciſcundæ*, comme ayant payé une dette devenue de Jacques, & à laquelle l'héritier maternel de Jacques doit, par conſéquent, contribuer.

On peut apporter un tempérament à la déciſion d'Auzanet, qu'on doit entrer dans la diſcuſſion du *quid utilius* de la Succeſſion générale de Jacques, s'il eſt de l'avantage de cette Succeſſion de retenir les biens de la Succeſſion bénéficiaire de Pierre, en payant les dettes de Pierre, ou s'il eſt, au contraire, de ſon avantage de les abandonner, pour s'en libérer; & en ce dernier cas, l'héritier maternel de Jacques ne ſera point tenu de contribuer aux dettes de la Succeſſion bénéficiaire de Pierre, l'héritier paternel n'ayant pas dû, en ce cas, acquitter leſdites dettes, mais plutôt abandonner les biens.

Quid, ſi Jacques étoit mort, à la vérité, après que la Succeſſion de Pierre lui eſt échue, mais avant que de s'être expliqué ſur l'acceptation de cette Succeſſion, l'héritier maternel de Jacques pourroit-il ſe diſ-

penser de contribuer aux dettes de la Succession de Pierre, en disant qu'il n'entend point accepter du chef de Jacques la Succession de Pierre ? Cela ne dépendra pas de lui ; il faudra entrer dans la discussion de savoir si effectivement la Succession de Pierre étoit avantageuse à Jacques, & s'il se trouve qu'elle l'étoit, l'héritier paternel de Jacques obligera l'héritier maternel à contribuer aux dettes de la Succession de Pierre, devenues dettes de Jacques, qui sera réputé avoir été héritier de Pierre, dont la Succession aura été trouvée lui être avantageuse.

Suivant le même principe, il faut décider que les héritiers aux meubles & acquêts de la femme, quoiqu'ils succédent seuls pour l'actif à la part de la femme en la communauté avec son mari, ne sont pas, néanmoins, seuls tenus de la moitié des dettes de cette communauté que doit porter la Succession de la femme ; les héritiers aux propres de la femme, quoiqu'ils ne succédent à rien des biens de la communauté, doivent porter leur part de ces dettes de la communauté pour la moitié dont la Succession de la femme est tenue, parce qu'on ne considere point l'origine des dettes, & qu'il suffit que ces dettes soient dettes de la femme pour cette moitié, pour que tous ses héritiers en soient tenus.

Les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, déduction faite de ce qu'il peut devoir à cette même communauté, sont-elles, pour la moitié, dont le prédécédé qui n'en a pas de pareilles à exercer en est tenu, une dette de sa Succession à laquelle son héritier aux propres, qui n'a rien à prétendre dans les biens de la communauté, doive contribuer ? Il semble que, suivant notre principe, il y doit contribuer ; car cette dette des reprises du survivant est une vraie dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement, *actione pro socio*, pour la part qu'il a en la communauté ; c'est pourquoi, selon notre principe, ses héritiers qui sont *juris successores*, qui succédent à toutes ses obligations, y doivent tous contribuer. Cela a été ainsi jugé par Arrêt rapporté par *Brodeau*, *lett. P. n.* 13. & c'est l'avis de le Brun & de Renusson. Néanmoins plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en doit pas être tenu ; ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur paroissent devoir être regardées moins comme une créance, que comme donnant à celui qui les a un droit plus fort dans la communauté qu'a le conjoint qui a ces reprises à exercer, lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint, qui n'en a pas de pareilles à exercer, & qu'en conséquence, la Succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses dans les biens de la communauté que de celles qui lui sont échues en son lot après les prélevemens faits au profit du survivant, le surplus des biens de la communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant, qui avoit des reprises à exercer ; que c'est une suite de l'effet déclaratif & rétroactif que notre Jurisprudence donne aux partages.

Quand même cette opinion moderne seroit suivie, si les biens de la communauté se trouvoient n'avoir pas été suffisans pour acquitter les

reprises de la femme, il n'est pas douteux que ce qui en manqueroit seroit une vraie dette de la Succession du mari à laquelle tous ses héritiers doivent contribuer.

Il paroît aussi qu'en cas de renonciation de la femme à la communauté, on ne peut se dispenser de regarder les reprises de la femme en entier comme une dette de la Succession du mari, à laquelle doivent contribuer tous ses héritiers à proportion de ce qu'ils amendent, & non pas seulement l'héritier aux meubles & acquêts qui succede aux biens de la communauté.

Le préciput de la femme, qui consiste en une somme de deniers, & stipulé à son profit, même en cas de renonciation, est pareillement une dette de la Succession du mari, à laquelle tous les héritiers doivent contribuer lorsque la femme renonce à la communauté; que si elle l'accepte, il faut décider la même chose qu'à l'égard de ses reprises.

Quoique les rentes foncieres ne soient pas dettes de la Succession, comme nous l'avons observé en l'article précédent, mais charges particulieres des héritages qui en sont chargés; néanmoins, les arrérages qui en ont couru jusqu'au jour du décès du défunt, & qui étoient dûs lors de son décès, sont dettes de la Succession, & doivent être payés par tous les héritiers.

Cette décision a lieu, non-seulement pour les arrérages dont les termes étoient échus lors du décès, mais même pour ceux du terme courant, dont le terme n'est échu que depuis la mort; car quoiqu'ils ne fussent pas encore exigibles lors du décès, le terme du paiement n'étant pas encore expiré, ils ne laissoient pas d'être dûs; ces arrérages se comptent de jour à jour, & sont dûs chaque jour; *dies cedit, quamvis dies solutionis nondùm venerit.*

L'obligation de fournir & faire valoir la rente fonciere que le défunt a contractée par la clause du bail qui lui a été fait de l'héritage, est une obligation personnelle du défunt, dont, par conséquent, tous ses héritiers sont tenus, mais comme cette obligation n'est qu'accessoire & subsidiaire à la charge de l'héritage, au cas qu'il ne fût pas suffisant pour la prestation de la rente, les héritiers qui ne succedent pas à l'héritage ne sont tenus que de cette maniere; c'est pourquoi le créancier de la rente peut les assigner, non pour s'obliger directement à la continuation de la rente, mais pour reconnoître qu'ils y sont obligés subsidiairement, au cas que l'héritage qui en est chargé ne fût pas suffisant.

De-là il suit que si l'héritier qui a succédé à cet héritage trouve qu'il ne vaut pas la rente, il peut, sur le refus que le créancier fera d'accepter le déguerpissement qu'il offrira faire de cet héritage, assigner les autres héritiers, pour qu'ils soient tenus de continuer avec lui la rente pour les portions qu'ils ont dans la Succession, aux offres qu'il fera de leur déguerpir l'héritage pour lesdites portions.

Il faut bien prendre garde de confondre avec les rentes foncieres les rentes qui sont à prendre par assignat spécial sur un certain héritage; ces rentes sont dues principalement par la personne; l'obligation du fonds

sur lequel elle est assignée n'est qu'accessoire à l'obligation personnelle pour la commodité de la perception de la rente, &, par conséquent, ce sont tous les héritiers qui en sont tenus chacun pour la portion qu'ils ont en la Succession, & non pas seulement celui qui succede à l'héritage sur lequel est l'assignat.

La regle que nous avons établie, que tous les héritiers du défunt succédent à toutes les dettes telles qu'elles soient, reçoit deux limitations.

La premiere est, que la dette d'un corps certain que le défunt a laissé, n'est due que par ceux qui y succédent, & non par les héritiers qui succédent à d'autres especes de biens. La raison est que de même que le défunt auroit cessé d'être tenu de la dette de ce corps certain, s'il eût cessé, sans son fait & sans sa faute, de le posséder, de même ceux de ses héritiers qui ne le possédent point, qui n'y ont point succédé, ne peuvent être tenus de cette obligation. Il ne peut y avoir que ceux qui ont succédé qui en puissent être tenus.

De ce principe naît la décision de la question suivante : une personne a vendu pour 10000 livres à un marchand de bois la coupe d'une futaie sur un de ses propres paternels, & est mort avant que le bois ait été coupé & le prix payé, laissant un héritier au mobilier, & un héritier aux propres paternels, lequel de ces deux héritiers est-il tenu de l'obligation de livrer la futaie que le défunt a vendue, & auquel des deux héritiers la somme de 10000 livres convenue pour le prix, est-elle due ? Il faut décider que c'est l'héritier aux propres qui est seul tenu de l'obligation de livrer la futaie, & de la laisser couper par le marchand, puisque c'est lui seul qui a succédé à cette futaie qui est encore sur pied sur l'héritage propre auquel il a succédé ; à l'égard des 10000 livres dues pour le prix convenu du marché de la futaie, elles ne sont pas dues à l'héritier aux propres qui est tenu de livrer la futaie, mais à l'héritier au mobilier ; car ces 10000 livres ont commencé d'être dues au défunt dès que le marché a été conclu, quoique la futaie vendue ne fût pas encore livrée.

Que si le défunt étoit débiteur d'un corps certain qu'il n'eût pas laissé dans sa Succession, parce qu'il se seroit témérairement engagé à livrer ce corps certain qui ne lui appartenoit point & qu'il ne possédoit point, soit parce qu'il auroit cessé de le posséder par son fait en l'aliénant ou en le laissant périr par sa faute ; en ce cas il n'est pas douteux que tous ses différens héritiers aux différentes especes de biens succéderoient à cette obligation du défunt.

La seconde limitation est que dans plusieurs Coutumes, telles que celle de Blois, de Tours ; celui qui succede au mobilier est seul chargé des dettes mobilières, c'est une suite de l'ancien esprit de notre droit Coutumier, cet esprit étant de conserver, autant qu'il étoit possible, les héritages dans les familles ; on ne permettoit pas d'entamer les héritages pour les dettes, tant qu'il y avoit du mobilier pour les acquitter ; c'est pourquoi avant l'Ordonnance de 1539 les créanciers ne pouvoient saisir les héritages pour être payés de leurs créances avant la discussion des meubles. Pareillement ceux qui succédoient aux héritages n'étoient point tenus des dettes

tant qu'il y avoit du mobilier pour les acquitter; le genre de bien mobilier peu considéré dans notre ancien droit, étant destiné pour les acquitter.

Il paroît même que c'est à l'acquittement de quelques dettes que ce fût, que ce mobilier étoit destiné. Depuis cet ancien droit de faire porter au mobilier les dettes du défunt, a été restreint aux dettes mobilières; on n'en connoissoit gueres autrefois d'autres, les rentes constituées étant, comme tout le monde sçait, d'invention moderne, & ayant été regardées lors de leur commencement comme des héritages sur lesquels elles étoient assignées.

Il résulte que ces Coutumes sont conformes au plus ancien Droit qui s'observoit dans le Pays Coutumier, & ce peut être une raison de douter si leur disposition ne devroit pas être suivie dans les Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la maniere dont les différens héritiers doivent contribuer aux dettes. Nonobstant cela il faut décider que dans ces Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur cela, on doit plutôt suivre la disposition des Coutumes qui, comme celle de Paris & d'Orléans & plusieurs autres, font contribuer tous les différens héritiers à proportion du profit qu'ils ont dans la Succession à toutes les dettes mobilières & autres; la raison est que cette disposition est beaucoup plus conforme que l'autre aux principes de Droit; tous les héritiers représentent la personne du défunt, succédent à sa personne, *sunt juris successores*, & par conséquent ils doivent succéder à toutes ses obligations personnelles pour leur part en la Succession; cela a été ainsi jugé par Arrêt rapporté par Brodeau sur Louet.

Un Blaisois, dont la Coutume charge l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières, laisse en sa Succession des propres situés à Blois & d'autres situés dans l'Orléanois dont la Coutume fait porter toutes les dettes par tous les différens héritiers; & il laisse un héritier au mobilier, & un autre héritier aux propres situés tant dans le Blaisois que dans l'Orléanois. Comment seront portées les dettes mobilières? Il faut que l'une & l'autre Coutume ait son exécution; pour cela l'héritier aux propres, conformément à la Coutume d'Orléans qui lui défere la Succession des héritages situés dans son territoire, à la charge de porter sa part de toutes les dettes de la Succession même mobilière, portera une part dans lesdites dettes, eu égard à la valeur des héritages situés à Orléans, par rapport à celle de toute la Succession, & par ce moyen la Coutume d'Orléans sera exécutée. Celle de Blois le sera aussi en ce que cet héritier aux propres ne payera sa part des dettes mobilières que pour raison des propres situés à Orléans, & qu'il n'en payera aucune part pour raison de ceux qui sont situés à Blois, l'héritier au mobilier l'en acquittera, & payera seul toute la portion des dettes mobilières dont sont tenus tous les biens du défunt déférés par la Coutume de Blois; par ce moyen la Coutume de Blois aura pareillement son exécution.

Dans les Coutumes qui chargent l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières, en est-il tenu au-delà des forces du mobilier, lorsque le défunt a laissé des propres plus que suffisans pour les payer, auxquels un

autre héritier fuccede? Il y en a qui penfent qu'il en eft tenu, *ultra vires*, fans aucun recours contre l'héritier aux propres, & on prétend qu'il y a quelqu'Arrêt qui l'a ainfi jugé. J'aurois de la peine à être de ce fentiment qui me paroît contraire aux premieres notions naturelles; fuivant ces notions *les biens* de quelqu'efpece qu'ils foient, *les biens propres* comme *les biens meubles* doivent être tenus des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Ils en doivent être tenus au moins fubfidiairement les uns aux autres; il ne peut donc y avoir d'autre différence entre les Coutumes qui chargent l'héritier au mobilier des dettes mobilières, & les nôtres, finon que dans nos Coutumes les biens propres font tenus des dettes mobilières auffi directement qu'en font tenus les biens mobiliers, au lieu que dans ces Coutumes les biens meubles en font tenus en premier lieu, & les biens propres en font tenus fubfidiairement; il feroit abfurde qu'ils n'en fuffent pas au moins tenus de cette maniere, & que les dettes d'un défunt fuffent payées en partie fur le propre bien d'un de fes héritiers, pendant qu'il y auroit dans les biens de fa Succeffion de quoi les payer.

Quoique dans ces Coutumes l'héritier au mobilier foit feul tenu des dettes mobilières, il ne laiffe pas d'être tenu des rentes dues par la Succeffion, à proportion de ce qu'il amande en la Succeffion, c'eft-à-dire, de ce qui lui refte de mobilier, déduction faite des dettes mobilières & de tout ce qui doit s'acquitter fur le mobilier.

Tous les héritiers font auffi tenus de toutes les charges de la Succeffion, tels que font les frais funéraires, les frais d'inventaire, les legs; car il eft naturel que tous ceux qui prennent part à la Succeffion prennent part à fes charges.

Il faut excepter de cette regle la plupart des Coutumes qui chargent le mobilier de l'acquittement des dettes mobilières; car ces mêmes Coutumes le chargent auffi des frais funéraires, quelques-unes même le chargent auffi de l'exécution du teftament du défunt; ce qui ne doit s'entendre que de l'acquittement des legs de fommes modiques, & à une fois payer.

La regle que tous les héritiers font tenus des legs, fouffre encore exception, à l'égard des legs d'un corps certain, que le défunt a laiffé en fa Succeffion; car ces legs d'un corps certain, comme il a été obfervé ci-deffus, ne font dûs que par ceux qui fuccedent à ce corps certain.

Lorfque le défunt a laiffé différens héritiers à différentes efpeces de biens, & qu'il a chargé de la preftation de quelques legs les héritiers à une certaine efpece de biens nommément, les héritiers aux autres efpeces de biens ne feront point tenus defdits legs.

Que s'il avoit chargé l'un de fes héritiers à une efpece de biens, de la preftation de quelques legs, quand même il auroit ordonné expreffément qu'il ne vouloit point que les autres en fuffent tenus; les autres devroient y contribuer pour leurs portions héréditaires dans les Coutumes qui, comme celles de Paris & d'Orléans, ne permettent pas qu'un des héritiers foit plus avantagé que les autres dans les biens d'une Succeffion qu'ils

partagent ensemble ; car ce seroit un vrai avantage que ceux qui ne seroient pas chargés du legs, auroient au-dessus de celui qui en seroit chargé, s'ils n'étoient point obligés d'y contribuer avec lui.

Lorsqu'il y a différens héritiers à différentes especes de biens, les différens partages de ces différentes especes de biens & les procédures qui y tendent, telles que celles des estimations, &c. sont des charges particulieres de la Succession particuliere de chacune de ces especes de biens, plutôt que des charges générales de la Succession ; c'est pourquoi ils ne doivent être portés que par ceux qui succedent à cette espece particuliere de biens.

A l'égard des frais d'inventaire, ils doivent être partagés par tous les héritiers, parce qu'ils servent à régler la contribution aux dettes qui est à faire entre tous les héritiers.

§. I I.

De ceux qui sont aux droits des Héritiers.

Il n'est pas douteux que tous ceux qui sont aux droits d'héritiers sont tenus des dettes & charges de la Succession de la même maniere que cet héritier aux droits duquel ils sont.

Par exemple, l'héritier de l'héritier d'un défunt est tenu de toutes les dettes & charges de la Succession du premier décédé, de la même maniere qu'en étoit tenu l'héritier à qui il a succédé ; car, par l'acceptation que l'héritier à qui il a succédé a faite de la Succession du premier décédé, toutes les dettes & charges de la Succession de ce premier décédé sont devenues les propres dettes de l'héritier qui lui a succédé, & par conséquent, l'héritier de cet héritier en doit être tenu comme de toutes ses autres dettes.

Pareillement le cessionnaire de droits successifs, soit que la cession ait été faite à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe, est tenu des dettes & autres charges de la Succession de la même maniere que l'héritier qui lui a fait cession de ses droits ; car il est de la nature de cette cession que le cessionnaire acquitte l'héritier son cédant de toutes les dettes & charges de la Succession ; le cessionnaire prend à ses risques les droits successifs qui lui sont cédés, & comme ils sont composés d'actif & de passif, de même qu'il a tout l'actif il doit supporter aussi tout le passif.

Le cessionnaire des droits successifs est tenu non-seulement des dettes & charges de la Succession qui restoient à acquitter au tems de la cession qui lui a été faite, mais même de toutes celles qui avoient été acquittées auparavant ; car de même que le cédant lui fait raison de tout ce qu'il a touché de la Succession, de même il doit acquitter son cédant de tout ce qu'il lui en a coûté pour la Succession. *Passim tit. ff. de hæred. & act. vend.*

Par la même raiſon, le ceſſionnaire des droits ſucceſſifs eſt tenu même de ce que le défunt devoit à ſon cédant, & dont ſon cédant a fait confuſion en devenant héritier; car il doit acquitter ſon cédant de tout ce qu'il en a coûté à ſon cédant pour être héritier; or, il lui en a coûté ſa créance dont il a fait confuſion, ſon ceſſionnaire doit donc l'en acquitter. *V. L.* 2, §. 18, *ff. de tit.*

Le mari dans la communauté duquel tombent les droits ſucceſſifs des Succeſſions échues à ſa femme eſt, à cet égard, comme un ceſſionnaire de droits ſucceſſifs, &, en cette qualité, tenu des dettes deſdites Succeſſions; s'il a autoriſé ſa femme pour les accepter, il en eſt tenu indéfiniment; que ſi la femme s'eſt fait autoriſer par juſtice ſur ſon refus, il n'eſt tenu des dettes deſdites Succeſſions, que juſqu'à concurrence de l'actif qui eſt tombé en ſa communauté, ſa femme ne pouvant pas s'obliger ſans ſon conſentement au-delà de ce qu'il profite.

Par la même raiſon, la femme qui accepte la communauté dans laquelle ſont tombées les Succeſſions de ſon mari, eſt, à cet égard, comme ceſſionnaire des droits ſucceſſifs deſdites Succeſſions pour la moitié qu'elle a dans la communauté, & en conſéquence elle eſt tenue, pour ſa moitié des dettes deſdites Succeſſions, de la même maniere qu'elle eſt tenue de toutes les autres dettes de la communauté, les dettes deſdites Succeſſions étant devenues dettes de la Communauté en laquelle elles ſont entrées.

Si tous les biens de la Succeſſion échue à l'un des conjoints ne ſont pas tombés dans la communauté, comme ſi cette Succeſſion étoit compoſée de mobilier qui eſt tombé dans la communauté, & d'héritages qui ſont reſtés propres au conjoint à qui la Succeſſion eſt échue; ce conjoint portera ſeul une portion dans les dettes de la Succeſſion répondante aux héritages de la Succeſſion qui lui ſont demeurés propres, & la communauté portera ſeulement l'autre portion répondante au mobilier qui y eſt entré. *Voyez cette queſtion agitée au long dans le Traité de la Communauté.*

§. III.

Des Donataires & Légataires univerſels & autres Succeſſeurs univerſels.

Les donataires & légataires univerſels ſont ceux qui ſont donataires ou légataires, non de choſes particulieres, mais de l'univerſalité des biens d'une perſonne, ſoit du total, ſoit d'une quotité, comme de la moitié, du tiers, du quart, du dixieme des biens, &c.

Quelque petite que ſoit la quotité dont une perſonne eſt donataire ou légataire, fût-ce de la vingtieme ou trentieme partie, dès que le don ou legs n'eſt point de choſes particulieres, mais d'une quotité, comme lorſqu'on a donné ou légué en ces termes, *la vingtieme partie, la trentieme partie de mes biens*, un tel donataire ou légataire eſt donataire univerſel,

légataire universel. Au contraire, le donataire ou légataire de certaines choses, comme d'une telle terre, d'une telle maison, n'est qu'un donataire ou légataire particulier, quand même ces choses composeroient plus des trois quarts du patrimoine du donateur ou testateur.

Non-seulement les donataires ou légataires de l'universalité générale des biens, ou d'une quotité de cette universalité générale, sont donataires ou légataires universels, on répute aussi pour tels les donataires ou légataires d'une espece particuliere de biens, ou d'une quotité de ces biens; par exemple, le donataire ou légataire des meubles ou du tiers, du quart ou d'une autre portion des meubles, le donataire ou légataire des acquêts, le donataire ou légataire de la moitié ou du quint des propres d'une telle ligne, sont des donataires ou légataires universels.

Mais si je donnois ou léguois à quelqu'un tous mes bois ou tous mes prés, ou toutes mes maisons de ville, tel donataire ou légataire ne seroit pas un donataire ou légataire universel; les prés, les bois, les maisons de ville, sont des especes d'héritages, non pas des especes & genres de biens; car on divise les biens en biens meubles & immeubles, en acquêts & propres, en propres de telle ou telle ligne, mais jamais on ne s'est avisé de penser que les biens se divisent en prés, en bois, en vignes, en maisons, &c.

Observez aussi que si le testateur a légué un certain héritage à une personne, quoique cet héritage soit l'unique immeuble qu'il ait, ou le seul propre, le legs n'est pas néanmoins un legs universel, comme il le seroit s'il avoit été fait *per modum universitatis*, comme s'il avoit dit, je legue mes biens immeubles, je legue mes propres.

Les donataires ou légataires universels d'une personne, sont tenus de ses dettes; la raison en est évidente; ces donataires & légataires sont donataires ou légataires des biens ou d'une quotité des biens: or, selon les notions communes, les biens renferment la charge des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*.

Par conséquent on ne peut être donataire ou légataire universel de quelqu'un qu'on ne soit tenu de ses dettes.

Le donataire universel des biens présens d'une personne est tenu des dettes qui étoient déjà contractées lors de la donation, & non de celles que le donateur auroit contractées depuis; car les *biens présens* ne renferment que la charge des dettes présentes, & il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation, en contractant depuis des dettes, ce seroit donner atteinte à l'irrévocabilité, qui fait le caractere des donations entre-vifs.

Le donataire des biens présens ne doit pas non plus être tenu des frais funéraires du donateur, s'il a laissé d'autres biens sur lesquels ils puissent se prendre; car ils doivent plutôt se prendre sur ces biens qui appartenoient au défunt, & sont de la Succession, que sur ceux qui ont cessé de lui appartenir par la donation qu'il en a faite.

Que si le donateur n'avoit point laissé d'autres biens que ceux qu'il a donnés, l'humanité & la reconnoissance que doit le donataire au donateur, exigent que ces frais se prennent sur les biens qu'il a donnés.

Le donataire des biens que le donateur laissera lors de son décès, ou d'une quotité de ces biens, est tenu, pour la part dont il est donataire, de toutes les dettes qui se trouvent lors du décès du donateur, & des frais funéraires; car *les biens qu'il laissera lors de son décès*, renferment la charge de toutes ses dettes & des frais funéraires.

Mais il ne sera pas tenu des legs; car il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation par des legs.

Les légataires universels sont tenus, pour la part dont ils sont légataires, tant des legs que des dettes & autres charges de la Succession; ils ne sont légataires que de ce qui reste après toutes les charges acquittées.

A l'égard des légataires de choses particulieres, quand même les choses qui leur seroient léguées feroient les trois quarts & demi de son patrimoine, ils ne sont tenus en rien des dettes du défunt, ni des autres charges de sa Succession; car ces choses particulieres ne renferment point la charge des dettes, *onus æris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Ils peuvent néanmoins quelquefois en être indirectement tenus, en ce que si le défunt a légué plus qu'il ne lui restoit de biens disponibles après les dettes acquittées, on peut répéter contre les légataires ce qu'ils ont reçu de plus qu'il n'étoit permis au testateur de léguer; & à cet effet, tous les legs particuliers doivent souffrir une diminution au sol la livre.

Suivant le même principe, que *les biens* renferment la charge des dettes, tous ceux qui succedent, à quelque titre que ce soit, aux biens d'une personne comme à des biens vacans; tels que le Roi ou les Seigneurs qui succedent aux biens d'un défunt par droit de confiscation, bâtardise, déshérence, aubaine, sont tenus de la Succession de ce défunt, & de toutes les autres charges de ses biens.

Il en est de même d'un Abbé ou Monastere qui succede au pécule de son Religieux.

Pour que les légataires & donataires universels, les successeurs à titre de déshérence, & autres qui succedent aux biens plutôt qu'à la personne, ne soient tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils en aient fait constater la quantité par un inventaire, ou quelqu'autre acte équivalent; s'ils s'en sont mis en possession sans cela, & qu'ils aient disposé des biens, ils seront tenus indéfiniment des dettes, & ils ne seront pas reçus, pour s'en décharger, à offrir d'abandonner & de tenir compte des biens, s'étant mis par leur faute hors d'état d'en pouvoir constater la quantité, c'est le sentiment commun, duquel s'écarte Ricard, qui prétend que même en ce cas, ils doivent être reçus à l'abandon, & à justifier par enquêtes de commune renommée, la quantité des biens; ce sentiment ne doit pas être facilement suivi.

ARTICLE III.

Comment & pour quelle part ceux qui sont tenus des charges d'une Succession en sont-ils tenus ?

§. I.

Les héritiers sont tenus des dettes d'un défunt pour la part dont ils sont héritiers, même au-delà des forces de la Succession.

Ce principe se tire de la définition même de l'héritier. L'héritier est celui qui succede à tous les droits actifs & passifs du défunt, par conséquent à toutes ses obligations, à toutes ses dettes; il n'est pas tenu des dettes comme d'une charge des biens auxquels il succede, mais il en est tenu comme successeur, non pas seulement des biens, mais de la personne même du défunt; c'est-à-dire, de tous ses droits personnels actifs & passifs, & par conséquent, de toutes ses dettes, même au-delà de la valeur de ses biens.

Cette regle a lieu à l'égard des héritiers pour partie, comme à l'égard d'un unique héritier. La seule différence qu'il y a entr'eux, est que les héritiers pour partie ne sont tenus des dettes que pour la même partie dont ils sont héritiers, au lieu que l'unique héritier est tenu du total des dettes; mais ils conviennent en ce point que l'héritier pour partie, par exemple, l'héritier du quart est tenu du quart des dettes au-delà de la valeur du quart des biens auquel il succede, de la même maniere que l'héritier unique est tenu du total des dettes au-delà de la valeur du total des biens.

Notre regle ne souffre d'exception qu'à l'égard des héritiers sous bénéfice d'inventaire, comme nous l'avons vu au *Chap.* 3, *Sect.* 2, *art.* 1.

L'héritier qui a cédé les droits successifs, ne laisse pas de continuer d'être tenu des dettes de la Succession, sauf son recours contre son cessionnaire, qui doit l'en acquitter; car la cession qu'il a faite ne le fait pas cesser d'être héritier, & ne peut pas le libérer des obligations qu'il a contractées envers les créanciers de la Succession par l'acceptation qu'il en a faite.

Pareillement, quoiqu'il y ait des donataires universels ou des légataires universels, l'héritier ne laisse pas d'être tenu des dettes pour le total, s'il est héritier unique, ou pour la portion dont il est héritier pour partie, sauf son recours contre les donataires & légataires universels pour ce qu'ils en doivent porter.

Il n'en est pas de même des legs que des dettes; l'héritier n'en est pas tenu *ultra vires*, mais seulement jusqu'à concurrence des biens, & non pas même jusqu'à concurrence de tous les biens, mais seulement jusqu'à

concurrence des biens disponibles, c'est-à-dire, des meubles & acquêts de la portion des propres dont les Coutumes permettent de disposer par testament; l'héritier ne peut être tenu des legs au-delà; c'est pourquoi il peut s'en libérer en abandonnant à tous les légataires tous les biens disponibles, & retenant la portion des propres que les Coutumes réservent à l'héritier qui est dans les Coutumes de Paris & d'Orléans les quatre cinquiemes.

En faisant cet abandon, il demeure quitte des legs envers eux, & la charge des dettes doit être partagée entre les légataires pour raison des biens disponibles qui leur sont abandonnés, & entre l'héritier pour raison de ceux par lui retenus.

La raison de la différence à cet égard entre les legs & les dettes est sensible; les Coutumes ne donnent au testateur le pouvoir de faire des legs que jusqu'à concurrence des biens disponibles; par conséquent ils ne sont pas valables au-delà, mais il a été au pouvoir du défunt de contracter autant de dettes qu'il a voulu.

Ceux qui sont aux droits des héritiers sont aussi tenus des dettes *ultra vires*, puisqu'ils en sont tenus de la même maniere que les héritiers, comme il a été dit en l'article précédent.

A l'égard des donataires & légataires universels, du Roi & des Seigneurs, qui succedent par aubaine, confiscation, droit de bâtardise, droit de déshérence, de l'Abbé ou du Monastere qui succede au pécule de son Religieux, toutes ces personnes ne sont tenues des dettes, que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succedent; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison est que toutes ces personnes ne succedent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes, que parce qu'ils sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels: or, c'est un principe que, lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à raison d'une chose qu'on possede, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.

§. II.

Pour quelle portion les héritiers sont-ils tenus des dettes?

L'héritier unique est tenu du total des dettes, quand même il y auroit des donataires & légataires universels de portions de biens, sauf à lui son recours contr'eux pour la part qu'ils en doivent porter, suivant que nous l'avons déjà observé ci-dessus.

Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers, il y a quelques coutumes assez déraisonnables pour les obliger tous solidairement aux dettes du défunt, comme si plusieurs pouvoient succéder *in solidum* aux droits d'une personne. Hors ces Coutumes, chaque héritier est tenu des dettes pour la part dont il est héritier.

Je dis pour la part dont il est héritier, & non pas seulement pour la part qu'il aura dans le partage des biens de la Succession; car si, par exemple, une personne a laissé deux héritiers de ses biens, & a fait un étranger légataire du tiers de ses biens, ses deux héritiers seront tenus des dettes de la Succession pour moitié, sauf leur recours contre le légataire universel, qui en doit porter un tiers. La raison est que, quoique chacun de ses héritiers ne doive avoir dans le partage des biens de la Succession que le tiers, néanmoins ils sont héritiers chacun pour moitié; ils sont saisis dès l'instant de la mort du défunt, chacun pour moitié, de tous les droits actifs & passifs du défunt. La délivrance qu'ils font au légataire du tiers des biens oblige bien ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes, à les indemniser de ce tiers, mais ne les désoblige pas envers les créanciers de la Succession.

Lorsque plusieurs enfans succedent par représentation de leur pere ou mere, ils ne sont héritiers chacun que pour la portion qu'ils ont dans la portion de la personne qu'ils représentent, c'est pourquoi ils ne sont chacun tenus des dettes que pour leur portion dans cette portion. *Finge;* une personne laisse pour héritiers deux freres & quatre neveux par représentation d'un troisieme frere; chacun de ces neveux ne sera tenu des dettes que pour son quart dans le tiers, c'est-à-dire pour un douzieme.

Lorsque tous les héritiers d'un défunt sont héritiers aux mêmes biens, la part que chacun a dans la Succession est certaine, & par conséquent, la part que chacun doit porter des dettes l'est aussi.

Lorsque le défunt a laissé différens héritiers à différentes especes de biens, par exemple, un héritier aux meubles, acquêts & propres maternels, & un autre héritier aux propres paternels, chaque héritier est censé succéder à une part proportionnée à ce qu'est la valeur en actif des biens auxquels il succede, à la valeur de toute la Succession, & doit par conséquent, porter la même part des dettes de la Succession.

C'est pourquoi si les meubles, acquêts & propres maternels font les trois quarts de toute la Succession, & les propres paternels le quart, l'héritier aux meubles & acquêts, & propres maternels, portera seul les trois quarts des dettes, & l'héritier aux propres paternels en portera seul le quart.

Cette part ne peut être constante que par une ventilation, qui ne se peut faire qu'après une estimation des différens biens de la Succession. L'opinion commune est qu'en attendant, ces différens héritiers sont tenus des dettes chacun pour leur portion virile, sauf à se faire raison du plus ou du moins, lorsque les portions ont été constatées par la ventilation.

Suivant les principes que nous avons établis, lorsque des mâles succedent avec des filles à un défunt qui a laissé des fiefs dans sa Succession, les mâles ayant une plus grande part que les filles, doivent porter une plus grande part des dettes; par exemple, si le frere & la sœur d'une personne lui succedent, & qu'il y ait dans la Succession le quart en biens féodaux, & les trois quarts en biens ordinaires, le frere qui succede seul aux biens féodaux, & qui partage les autres avec sa sœur, portera le quart & la moitié des trois quarts des dettes, c'est-à-dire, cinq huitiemes.

Il

Il n'est pas de même de l'aîné dans les Successions de la ligne directe, comme nous l'allons voir.

§. III.

Pour quelle part l'aîné contribue-t-il aux dettes ?

Quoique l'aîné ait dans les fiefs une portion plus considérable que celle de ses puînés, néanmoins, il n'est tenu que de la même portion des dettes dont chacun des puînés est tenu ; les Coutumes de Paris, article 334, & d'Orléans, article 360, le décident formellement. La raison est que les Coutumes de Paris & d'Orléans, & autres semblables, donnent à l'aîné, par forme de prélegs & hors part, ce qu'elles lui accordent de plus qu'aux puînés dans les fiefs, & ne le réputent héritier que pour sa portion virile. Par exemple, si un pere laisse quatre enfans, quoique l'aîné ait seul le manoir & la moitié des fiefs, néanmoins il n'est réputé héritier que pour son quart, étant censé avoir ce qu'il a de plus à titre de prélegs, & conséquemment il n'est tenu des dettes de la Succession que pour son quart.

Si le défunt devoit le prix entier d'une maison de ville que l'aîné a choisie pour son manoir, cet aîné, qui prend dans la Succession ce manoir entier, ne devra-t-il que sa portion virile du prix qui en est dû? Sans doute. C'est une dette de la Succession, dont tous les héritiers sont tenus chacun pour leur portion, comme de toutes les autres ; car, suivant le principe que nous avons établi ailleurs, on ne considere point la cause ni l'origine des dettes.

Quoique des rentes constituées soient assignées par assignat sur des fiefs, l'aîné n'en doit que sa portion virile ; car cet assignat spécial n'empêche pas que ces rentes ne soient dettes personnelles du défunt, dont chacun des enfans est tenu par égales portions.

Cette décision a lieu quand même l'héritage auroit été saisi réellement pour cette rente sur le défunt. Si ce défunt a laissé quatre enfans, l'aîné aura la moitié dans cet héritage féodal saisi réellement ; car la saisie-réelle n'empêche pas qu'il ne soit de la Succession, & néanmoins il ne devra que son quart de la rente pour laquelle il a été saisi ; c'est pourquoi, s'il est par la suite adjugé *putà* pour 10000 livres qui aient servi à payer le créancier de cette rente, l'aîné à qui appartient moitié dans le prix, laquelle moitié est de 5000 livres, & qui ne doit néanmoins que son quart dans les 10000 livres acquittées, lequel quart monte à 2500 livres, se trouve avoir payé 2500 livres pour les puînés, dont il doit être récompensé par eux.

Il en est autrement des rentes foncieres dont quelqu'héritage féodal seroit chargé ; ces rentes ne sont point des dettes de la Succession, mais des charges de l'héritage dont par conséquent, l'aîné doit être tenu, non pour la portion dont il est héritier, mais pour la portion qu'il a dans l'héritage.

Il faut dire la même chose des hypotheques dont un héritage féodal seroit chargé pour dettes dues par tiers & non par le défunt.

Le principe que nous avons établi, que le préciput de l'aîné est franc des dettes de la Succession, reçoit une exception dans le cas auquel les dettes absorberoient le surplus des biens; par exemple, si une personne a laissé pour 60000 livres de bien, outre le manoir de l'aîné, le tout en fief, pour 48000 livres de dettes, & six enfans, chacun des puînés n'aura que son dixieme, montant à 6000 livres, par conséquent l'aîné qui a 30000 livres pour sa moitié dans les biens féodaux outre le manoir, se trouve avoir de plus que chacun de ses freres 24000 livres, outre le manoir, par préciput. Il ne reste après le prélevement de ce préciput que 36000 liv. dans la Succession, & il y a pour 48000 livres de dettes; ces dettes par conséquent excédent de 12000 livres le surplus de la Succession. Le préciput de l'aîné ne doit pas être en ce cas franc & quitte de dettes; on doit en retrancher les 12000 livres qui manquent pour acquitter les dettes; car les Coutumes, en accordant un prélegs à l'aîné, n'entendent pas le faire *ultra vires hæreditatis*, & de même que les prélegs faits par le testateur en pays de droit écrit où les prélegs sont permis, souffriroient en ce cas ce retranchement, parce qu'il n'est pas permis de léguer au-delà de son bien, de même en ce cas le prélegs légal de l'aîné doit souffrir ce retranchement, parce que la loi n'est pas présumée le faire *ultra vires hæreditatis.* Il seroit absurde que les puînés fussent obligés de payer une partie des dettes de la Succession sur leur propre bien, tandis qu'il y auroit des biens de la Succession plus que suffisans pour les acquitter, dont l'aîné jouiroit pour son préciput.

Le Maître va plus loin; il veut qu'on retranche en ce cas une légitime pour les puînés, & cette légitime doit être la moitié de ce qu'ils auroient si les dettes étoient prélevées sur tous les biens de la Succession; ainsi, dans cette espece, les dettes qui sont pour 48000 livres étant prélevées sur toute la Succession, qui est de 60000 livres outre le manoir, il resteroit 12000 livres, outre le manoir dont les trois puînés auroient 6000 livres, qui est pour chacun 1200 liv., la légitime de chacun doit être de 600 liv. pour les 53000 livres qui doivent être déduites sur le préciput de l'aîné; ce sentiment de le Maître est très-équitable, & doit être suivi; car le principe qui accorde à l'aîné un préciput franc de dettes, se croisant, dans cette espece, avec le principe qui veut que chaque enfant ait une légitime dans les biens de son pere, ce dernier, qui a son fondement dans le droit naturel, doit prévaloir, & faire céder l'autre, qui n'est que de droit arbitraire.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent que l'aîné contribue aux dettes par égales portions avec ses puînés, n'a lieu que dans les Coutumes telles que Paris & Orléans, qui lui accordent ce qu'il a de plus qu'eux par forme de prélegs; il en est autrement dans celles où l'aîné est héritier d'une plus grande portion, ou même est unique héritier & saisi de toute la Succession, à la charge d'en départir une certaine portion aux puînés, il n'est pas douteux dans ces Coutumes que les puînés ne doivent contribuer aux dettes que pour la portion qui leur est départie.

§. IV.

Pour quelle part les Donataires & Légataires universels, & autres Successeurs universels contribuent-ils aux dettes ?

Les donataires & légataires universels d'une quotité de biens, comme de la moitié, du tiers, du quart, sont tenus des dettes pour la même part.

Si la part dont ils sont donataires ou légataires étoit réduite à une moindre partie, la part qu'ils doivent porter des dettes seroit pareillement réduite à une semblable part.

Le donataire universel ou légataire universel indéfiniment, est bien tenu du total des dettes, lorsque tous les biens du donateur ou testateur sont disponibles, & que la donation ou legs ne souffre aucun retranchement; mais s'il y a des biens non disponibles, si la donation ou legs universels souffrent quelque retranchement, soit pour la légitime des enfans, soit pour la légitime coutumiere, c'est-à-dire, la portion que les Coutumes réservent à l'heritier dans les propres, quelqu'indéfinie que soit la donation ou legs universel, le donataire ou légataire universel ne sera tenu des dettes que pour une part proportionnée à ce qu'est la valeur des biens qui lui demeurent, à la valeur du total de tous les biens délaissés par le défunt, & le légitimaire ou l'héritier qui se tient aux réserves coutumieres sera tenu du surplus des dettes.

Lorsque plusieurs Seigneurs succedent à différens biens d'un condamné ou d'un homme mort sans héritiers, qui sont situés dans les différens territoires de leurs justices, chacun porte une part dans les dettes proportionnée à ce qu'est la valeur des biens auxquels ils succedent au total des différens biens.

§. V.

Des dettes indivisibles.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent que les héritiers & les successeurs universels sont tenus des dettes pour la portion dont ils sont héritiers, souffre une exception nécessaire à l'égard des dettes indivisibles; car ces dettes ne pouvant de leur nature se diviser, il est nécessaire que chaque héritier, chaque successeur universel soit tenu pour le total de ces sortes de dettes. *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis hæredibus debentur. L. 192, ff. de R. J.*

On appelle dettes indivisibles les dettes des choses qu'on ne peut avoir pour partie, ni payer pour partie même indivisée, les choses qui ne sont susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles, tel qu'est un droit de servitude; car on ne peut avoir pour partie un droit

de servitude, tel qu'est un droit de vue, un droit de passage sur l'héritage d'autrui, on ne peut constituer pour partie un pareil droit *servitus pro parte constitui non potest*.

C'est pourquoi si le défunt s'étoit obligé de constituer au propriétaire de l'héritage voisin du sien un droit de passage sur son héritage, & qu'il laisse quatre héritiers qui succédent chacun pour leur quart à cet héritage, chacun de ses héritiers sont tenus, non pas pour leur quart, mais solidairement de cette dette, parce qu'elle est indivisible; on ne peut constituer un droit de passage pour un quart; on ne peut laisser passer une personne pour un quart; le créancier pourra donc agir solidairement contre chacun des héritiers, pour qu'ils lui constituent la servitude, pour qu'ils le souffrent passer.

Que si la chose due n'est pas susceptible, à la vérité, d'une division réelle, mais qu'elle soit susceptible de parties au moins intellectuelles; si on peut la posséder, en être propriétaire par portions indivisées, la dette d'une telle chose n'est pas indivisible, & les héritiers n'en sont pas tenus solidairement, mais chacun pour leur portion. Par exemple, si le défunt m'a vendu son cheval qu'il ne m'a pas encore livré, & qu'il laisse quatre héritiers, chaque héritier n'est tenu de cette dette que pour son quart, en me livrant le cheval pour le quart indivis qui lui en appartient, il est quitte de son obligation; car quoique ce cheval ne soit pas susceptible d'une division réelle, il est susceptible de parties au moins intellectuelles, il peut être possédé par plusieurs pour chacun leur portion indivise; il peut appartenir à plusieurs pour chacun leur portion indivise, & par conséquent il peut être dû & payé par portion; l'obligation n'en est donc pas indivisible.

Il y a des obligations qui sont indivisibles dans leur principe, mais qui, par l'inexécution de l'engagement, se convertissent en une obligation de dommages & intérêts, laquelle est divisible, ayant pour objet la somme de deniers à laquelle seront estimés ces dommages & intérêts. Telles sont toutes les obligations de faire quelque chose, comme de bâtir une maison, telle est l'obligation que contracte un vendeur de garantir l'acheteur de tous troubles dans la possession de la chose vendue, ces obligations étant indivisibles dans leur objet; car, par exemple, on ne peut pas satisfaire pour partie à l'obligation de bâtir une maison, de garantir un acheteur du trouble qu'on fait à sa possession, chaque héritier de celui qui l'a contractée en est dans le principe tenu solidairement; on peut conclure contre chacun des héritiers à ce qu'il soit tenu bâtir la maison, à ce qu'il soit tenu défendre le demandeur du trouble qu'on fait à sa possession de la chose que le défunt lui a vendue; mais comme ces obligations par leur inexécution se convertissent en une obligation de dommages & intérêts qui est divisible chacun de ces héritiers assigné solidairement pour remplir l'obligation du défunt, ne sera néanmoins, faute de la remplir, condamné aux dommages & intérêts que pour la portion dont il est héritier. *L.* 85, §. 5, *L.* 139, *ff. de verb. oblig.*

§. VI.

Pour quelle part les Héritiers & Successeurs universels sont-ils tenus des legs.

Réguliérement les héritiers & successeurs universels sont tenus des legs pour la même part pour laquelle ils sont tenus des dettes, c'est-à-dire pour la part dont ils sont héritiers, ou à laquelle ils succedent.

Cette regle souffre difficulté en un cas; savoir, lorsqu'il y a un héritier aux propres, & un héritier aux meubles & acquêts, l'héritier aux propres contribue aux dettes, à proportion de la valeur du total des propres; doit-il pareillement contribuer aux legs à proportion du total des propres, ou ne doit-il y contribuer qu'à proportion de la portion des propres, qui est disponible, & qui est le quint dans les Coutumes de Paris & d'Orléans? Plusieurs pensent que l'héritier aux propres a bien le droit de se décharger des legs entiérement, en se tenant à la portion que les Coutumes lui accordent dans les propres, qui est dans celles de Paris & d'Orléans, les quatre quints, & abandonnant le surplus, mais que c'est le seul droit qu'il a; que lorsqu'il ne juge pas à propos d'en user, & qu'il conserve tous les biens auxquels il a succédé, il doit contribuer aux legs, de même qu'aux dettes, à proportion de ce à quoi il succede. D'autres pensent que l'héritier aux propres ne doit contribuer aux legs qu'à proportion des seuls biens disponibles qu'il retient, & qu'on ne doit point comprendre parmi les biens pour lesquels il doit contribuer aux legs, la portion des propres que les Coutumes lui réservent, c'est-à-dire, dans celles de Paris & d'Orléans, les quatre quints. J'inclinerois assez à ce sentiment, la raison est que les legs ne sont pas comme les dettes une charge de tous les biens; mais ils sont une charge des biens disponibles seulement; c'est ce que les Coutumes de Paris, art. 292, & d'Orléans, art. 392, déclarent en disant que *toutes personnes peuvent tester de leurs biens meubles, acquêts, & de la cinquieme partie de tous leurs propres, & non plus avant*; c'est-à-dire, bien formellement qu'il n'y a que les meubles, acquêts & le quint des propres, qui soient sujets aux legs, & que les legs ne sont une charge que de ces biens, & non pas du surplus des propres: or, chacun ne doit contribuer aux charges d'une chose, qu'à proportion de la part qu'il a dans la chose; l'héritier aux propres ne doit donc contribuer aux legs, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens disponibles dont les legs sont une charge, & non point à raison des quatre cinquiemes des propres, qui sont des biens non disponibles, & non sujets à la charge des legs.

ARTICLE IV.

Des actions des Créanciers & Légataires contre les Héritiers & autres Successeurs universels.

Les créanciers de la Succession ont une action personnelle contre chacun des héritiers pour la part dont ils sont héritiers, & contre chacun des successeurs universels, pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la Succession.

Si la part de chacun des héritiers n'étoit pas encore constatée & liquidée par une ventilation, nous avons déjà remarqué ci-dessus que les créanciers avoient action contre chacun des héritiers pour une portion virile, c'est-à-dire, suivant le nombre qu'ils sont d'héritiers, sauf à se faire raison du plus ou du moins qu'ils devront porter de dettes, lorsque leur part sera constatée par la ventilation.

Les créanciers hypothécaires de la Succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs universels, ont l'action hypothécaire contre chacun des héritiers ou Successeurs qui possédent quelqu'immeuble de la Succession sujet à leur hypotheque; ils l'ont aussi contre les tiers-détenteurs.

Cette action hypothécaire qu'ont les créanciers hypothécaires contre chacun des héritiers détenteurs d'immeubles, leur donne droit de conclure solidairement, contre chacun desdits héritiers, au paiement du total de de leurs créances; car chaque immeuble de la Succession de leur débiteur, & même la plus petite portion de chaque immeuble est hypothéquée au total de leurs créances, suivant la nature de l'hypothèque, qui est indivisible; d'où il suit que chaque héritier détenteur de la moindre portion des immeubles de la Succession, est tenu hypothécairement du total de leurs créances.

Il est d'usage que les créanciers hypothécaires de la Succession, lorsqu'ils forment demande contre les héritiers, cumulent les deux actions qu'ils ont contr'eux, la personnelle & l'hypothécaire, & en conséquence ils concluent contre chaque héritier, à ce qu'il soit condamné personnellement, pour la part dont il est héritier, & hypothécairement pour le total, leur payer la somme qui leur est dûe.

L'héritier peut être déchargé de la condamnation solidaire, en offrant d'abandonner tous les immeubles échus en son lot, si le partage est déjà fait; en la part indivisée qu'il a dans ceux de la Succession, s'il n'est pas encore fait; car il est de la nature de l'action hypothécaire que la condamnation qui intervient sur cette action contienne, sinon expressément, au moins tacitement, l'alternative de délaisser les héritages hypothéqués; l'hypotheque n'est autre chose que le droit qu'a un créancier de se faire délaisser certaines choses, & de les vendre pour le paiement de ces créances; l'action hypothécaire qui en résulte, n'a d'autre objet que ce délai;

le détenteur contre qui cette action est donnée, n'est tenu qu'à ce délai; le paiement des causes de l'action hypothécaire n'est qu'*in facultate*, pour éviter le délai, plutôt qu'*in obligatione*; par conséquent, lorsqu'il est condamné hypothécairement à payer, le sens de cette condamnation ne peut être sinon qu'il sera tenu de payer, s'il veut conserver les biens hypothéqués qu'il possede, & s'il ne les délaisse pas. C'est le sens de ces mots *condamné hypothécairement.*

Observez que, quoiqu'il abandonne, sa condamnation personnelle, pour la part dont il est héritier, subsiste toujours contre lui; c'est pour quoi dans les conclusions & dans la Sentence on distingue ces deux condamnations, on condamne l'héritier personnellement pour la part dont il est héritier, & hypothécairement pour le total, ce qu'il seroit inutile de distinguer, si l'héritier, en abandonnant, ne pouvoit pas plus se décharger de la condamnation hypothécaire que de la personnelle.

Si l'héritier pour partie a cessé, sans fraude, de posséder les immeubles de la Succession, continue-t-il d'être tenu solidairement envers les créanciers hypothécaires? Loyseau enseigne que c'étoit l'usage de son tems au Palais; il prétend que l'action personnelle & l'action hypothécaire ayant une fois concouru contre cet héritier, il s'est formé de ce concours une action personnelle hypothécaire pour le paiement du total de la créance, qui participe de la nature de l'une & de l'autre, de l'hypothécaire, à l'effet de la solidité de la condamnation, & de la personnelle, à l'effet qu'elle dure, même après que l'héritier auroit cessé de posséder; cette action personnelle hypothécaire *est merum figmentum.* Il est bien plus raisonnable de distinguer toujours les deux actions, & de dire que, lorsque l'héritier a cessé de posséder les immeubles de la Succession, il ne reste contre lui que l'action personnelle pour la part dont il est héritier, & que l'action hypothécaire cesse d'avoir lieu contre lui, étant de la nature de cette action, qui est réelle, & aux fins de délaisser les héritages hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possédent & peuvent les délaisser.

Lorsque l'un des héritiers sur l'action hypothécaire donnée contre lui, a été obligé de payer la dette en entier, les Coutumes de Paris, *art.* 333, & d'Orléans, *art.* 358, disent qu'il a en ce cas son recours contre ses cohéritiers.

Il peut l'exercer de deux manieres, ou de son chef *judicio familiæ erciscundæ*, suivant ce que nous avons vu au chapitre précédent, ou bien comme exerçant les droits du créancier auquel il peut se faire subroger, lorsqu'il le paye.

C'est une grande question si l'héritier qui s'est fait subroger aux actions du créancier les exercera solidairement contre chacun de ses cohéritiers, sa part confuse, ou si ces actions se doivent diviser. *Voyez cette question au traité des subrogations.*

Les créanciers hypothécaires du défunt n'ont d'hypotheque que sur les biens de la Succession; comme on ne peut hypothéquer que sa propre chose, & qu'on ne peut accorder de droit dans une chose dans laquelle

on n'en a point, ce défunt ne peut accorder d'hypotheque sur les biens de son héritier, qui ne sont pas à lui.

C'est pourquoi la clause qui seroit insérée dans un acte que le débiteur hypotheque ses biens & ceux de ses héritiers, seroit de nul effet à l'égard des biens des héritiers.

Les créanciers hypothécaires du défunt ne peuvent donc acquérir d'hypotheque sur les biens des héritiers que par un nouveau titre par lequel les héritiers s'obligeroient devant Notaire à la dette du défunt, ou par une sentence de condamnation que lesdits créanciers obtiendroient contre les héritiers.

Les créanciers ne peuvent non plus faire aucune exécution de biens sur l'héritier, jusqu'à ce qu'il soit obligé envers eux par un titre nouvel pardevant Notaire, ou condamné par une Sentence; car c'est une maxime du Droit François, consignée dans notre Coutume, *art.* 433, que *toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé;* la Coutume de Paris, *art.* 168, a une même disposition.

Non-seulement le créancier ne peut, avant ce tems, exécuter les biens propres de l'héritier, il ne peut pas même exécuter ceux de la Succession, mais il peut les saisir & arrêter après un commandement fait à l'héritier. Paris, *art.* 169. La Coutume d'Orléans, *art.* 441, permet de saisir & arrêter les biens de la Succession, lorsque l'héritier demeure hors le Bailliage. En ce cas, il ne faut ni commandement ni permission du Juge pour cette saisie-arrêt qui se fait en vertu de la Coutume; hors ce cas, il faut ici une permission du Juge.

Après avoir parlé des actions des créanciers, l'ordre seroit de parler de celles des légataires; mais comme cette matiere a son siége plus naturellement dans le Traité des Testamens, j'y renvoie.

Il nous reste à parler du droit qu'ont les créanciers & légataires d'une Succession, de demander contre les créanciers particuliers de l'héritier, la séparation des biens de la Succession d'avec ceux de l'héritier, pour être payés sur ceux de la Succession préférablement aux créanciers de l'héritier.

Ce droit est tiré de l'Edit du Prêteur, & est fondé sur ce principe, pris dans la nature des choses, que des créanciers ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que leur débiteur en a lui-même; d'où il suit que l'héritier n'ayant les biens de la Succession, qu'à la charge d'en acquitter les dettes, les legs & autres charges; les créanciers de cet héritier ne pouvant avoir plus de droit sur ces biens que l'héritier leur débiteur, doivent souffrir que les dettes, les legs & autres charges de ces biens, soient acquittés sur ces biens, avant qu'ils puissent se venger dessus. C'est ce qu'opere la séparation des biens de la Succession d'avec ceux de l'héritier que les créanciers & légataires de la Succession ont droit d'obtenir du Juge.

Ce droit de séparation est inutile aux créanciers hypothécaires dans les Coutumes où les meubles sont susceptibles d'hypotheque, & dans nos Coutumes, lorsque la Succession n'est composée que d'immeubles; la raison

raison est que l'action hypothécaire qu'ils ont leur suffit pour être payés sur ces biens, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent être mis en ordre d'hypotheque sur ces biens, qu'après tous les créanciers hypothécaires du défunt; car l'héritier leur débiteur n'ayant leurs biens qu'à la charge des hypotheques des créanciers du défunt, n'a pu les hypothéquer à ses propres créanciers que sous cette charge; il n'a pu leur donner d'hypotheque qu'après celle des créanciers du défunt.

Il faut dire la même chose des légataires. L'hypotheque que Justinien leur a accordée sur les biens de la Succession, & que nous avons adoptée dans notre Jurisprudence, est préférable à celle de tous les créanciers de l'héritier; d'où il suit qu'ils n'ont pas besoin de la séparation de biens, lorsque tous les biens du défunt sont de nature à être susceptibles d'hypotheque.

Au surplus, tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, peuvent obtenir cette séparation, ceux mêmes dont la créance est encore suspendue par une condition dont elle dépend, & qui n'est point encore arrivée, peuvent la demander, au moins à l'effet que les créanciers de l'héritier ne puissent être payés sur les biens de la Succession, qu'en leur donnant caution de rapporter à leur profit, si la condition de leur créance arrive.

Même l'héritier en partie du défunt peut demander la séparation de biens pour ce qui lui étoit dû par le défunt sous la déduction de la part dont il fait confusion comme héritier. *L. 7, Cod. de bon. auth. judi possess.*

Cette séparation a lieu contre tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils soient, même contre le fisc. *L.* 1, §. 4, *ff. de separat.*

Cette séparation ne peut être demandée par les créanciers du défunt, lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avoient contre le défunt, en une créance contre son héritier, en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt; car, par-là, ils cessent d'être créanciers du défunt, & deviennent plutôt créanciers de l'héritier. *L.* 1, §. 10, 15, 16, *ff. d. tit.*

Mais ils ne sont pas censés avoir fait cette novation pour l'avoir assigné à l'effet de faire déclarer contre lui leurs titres exécutoires. *L. 7, ff. d. tit.*

Par le Droit Romain, cette séparation doit être demandée *rebus integris* avant que les biens du défunt soient mêlés avec ceux de l'héritier, & tout au plus tard dans les cinq ans. *L.* 1, §. 12 & 13. Par notre Droit il n'y a aucun tems limité; on est toujours à tems, tant que les biens de la Succession peuvent encore facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier.

Les choses données entre-vifs par le défunt à l'héritier, quoique sujettes à rapport, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers de la Succession ont droit de demander la séparation; car ces choses ne sont réputées biens de la Succession que par fiction, & vis-à-vis des cohéritiers du donataire qui leur en doit le rapport, les créanciers de la Succession ne peuvent se prévaloir de cette fiction, qui n'a pas été faite pour eux.

L'effet de la séparation est que les créanciers & légataires soient payés sur les biens de la Succession du défunt, elle n'exclut pas les créanciers de l'héritier du droit de se venger sur ce qui resteroit de ces biens. *L.* 5, *ff. de separ.*

Contrà vice versâ. Les créanciers de la Succession qui ont obtenu la séparation de biens, & qui n'ont pu être payés entiérement sur ceux de la Succession, pourront-ils être payés sur les biens propres de l'héritier, après que les créanciers particuliers de l'héritier auront été payés? Il paroît que cette question a été controversée entre les Jurisconsultes Romains. Paul & Ulpien pensoient que les créanciers & légataires du défunt, en obtenant la séparation des patrimoines du défunt & de l'héritier, s'étoient restreints aux biens de la Succession du défunt, & ne pouvoient plus se venger sur les biens de l'héritier, qu'ils n'avoient pas voulu reconnoître pour leur débiteur. *Recesserunt à personâ hæredis. L.* 5, *L.* 1, §. 17, *ff. dict. tit.* Papinien inclinoit à l'opinion contraire. *L.* 3, §. 2, *ff. eod.*; & c'est celle à laquelle nous devons nous tenir; car la séparation de biens introduite en leur faveur ne doit pas être retorquée contr'eux; en la demandant ils n'ont pas eu intention de libérer l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux, par l'acceptation de la Succession, mais seulement d'être préférés sur ces biens aux créanciers de l'héritier.

Mais au moins ils ne doivent être payés sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers de l'héritier, quoiqu'ils pussent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier, ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec les autres créanciers; car puisqu'on leur sépare ceux de la Succession dans lesquels les créanciers de l'héritier pourroient demander une concurrence avec eux, comme étant lesdits biens de la Succession devenus les biens de l'héritier, par l'acceptation de la Succession; il est équitable qu'en conséquence, les créanciers de la Succession leur laissent les biens de l'héritier.

Les créanciers de la Succession peuvent bien demander la séparation des biens de la Succession d'avec ceux de l'héritier; au contraire, les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander, contre ceux de la Succession, qu'on leur sépare les propres biens de l'héritier. Ulpien en rapporte une raison bien décisive: *nam*, dit-il, *licet alicui, adjiciendo creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem. L.* 1, §. 2, *ff. de separat.* Pourquoi un débiteur qui accepte une Succession onéreuse, ne pourroit-il pas contracter au préjudice de ses créanciers, la dette qu'il contracte envers les créanciers de la Succession par cette acceptation, de la même maniere qu'il peut contracter, au préjudice de ses créanciers, toute autre dette pour quelque cause que ce soit? Néanmoins plusieurs pensent que, selon notre Jurisprudence, les propres créanciers de l'héritier peuvent aussi demander la séparation de biens, lorsque leur débiteur a accepté une Succession onéreuse en faveur de leurs créances, & ils disent que cela a été jugé par un Arrêt que rapporte Gouget au Traité des Hypotheques, que le Brun révoque en doute.

Si un débiteur insolvable acceptoit une Succession notoirement mauvaise, de maniere qu'il parût qu'il l'a fait en fraude de ses propres créanciers, je pense que ce seroit le cas auquel les créanciers pourroient demander la séparation de ses propres biens d'avec ceux de la Succession, en faisant rescinder cette acceptation, & l'obligation contractée par leur débiteur en fraude de leurs créances envers les créanciers de cette Succession; car tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers peut être rescindé, même les obligations qu'il contracte. La Loi 3, *ff. quæ in fraud.* y est formelle. *Sive se obligavit fraudandorum creditorum causâ, vel quodcumque aliud fuit in fraudem creditorum : palàm est edictum locum habere.* C'est apparemment l'espece de l'Arrêt de Gouget; hors ce cas, je ne pense pas que les créanciers de l'héritier puissent demander la séparation.

CHAPITRE VI.

Des Successions irrégulieres.

On appelle Succession irréguliere celle qui est déférée au Roi, ou aux Seigneurs Hauts-Justiciers en certains cas : on peut aussi appeler de ce nom *la cotte morte*, ou droit de succéder au pécule délaissé par les Religieux-Curés.

Le Roi seul a droit à l'exclusion des Seigneurs Hauts-Justiciers de succéder aux biens délaissés par des aubains qui n'ont point obtenu des Lettres de naturalisation. Ce droit souffre plusieurs exceptions qui ont été rapportées au Chapitre premier de ce Traité.

Le Roi succede seul aussi aux biens des François bâtards qui meurent *intestat* & sans héritiers, à moins que les Seigneurs Hauts-Justiciers ne soient dans le cas de les recueillir. Or, le Seigneur Haut-Justicier ne peut y succéder, à moins que trois choses ne concourent. 1°. Que le bâtard soit né dans le territoire de sa Justice. 2°. Qu'il y ait son domicile lors de son décès. 3°. Que ses biens y soient situés.

Le droit du Roi ou du Seigneur Haut-Justicier cesse, si le bâtard François a disposé de ses biens par un Testament valable, ou s'il a laissé des héritiers, par exemple, des enfans nés en légitime mariage, ou sa femme suivant le titre *unde vir & uxor.*

Les Seigneurs Hauts-Justiciers ont aussi le droit de succéder par droit de déshérence aux autres Citoyens qui décédent sans héritiers, & sans avoir disposé de leurs biens. Le droit des Seigneurs étant attaché à leur droit de Justice, ils succédent seulement aux immeubles qui sont situés dans leur territoire, & aux meubles qui s'y trouvent; il n'est pas nécessaire,

pour l'exécution du droit de déshérence, que celui de la Succession duquel il s'agit, soit né dans le territoire du Seigneur, & qu'il y décede.

Si celui qui est décédé a laissé dans sa Succession des propres d'une certaine ligne, & qu'il ne se trouve aucun parent de la ligne, mais qu'il se trouve cependant d'autres parens qui ne soient pas de la ligne, le droit de déshérence n'aura pas lieu, & les biens appartiendront au plus prochain habile à succéder. Coutume d'Orléans, art. 326. Paris, 330.

Lorsque quelqu'un est condamné à peine capitale, & que la Sentence a été mise à exécution, ou que le tems de cinq ans accordé aux condamnés par contumace est expiré, sans qu'il se soit représenté, la confiscation a lieu au profit des Seigneurs Hauts-Justiciers, par rapport aux biens, meubles ou immeubles qui se trouvent dans leur Jurisdiction. Coutume d'Orléans, art. 331. Paris, 183.

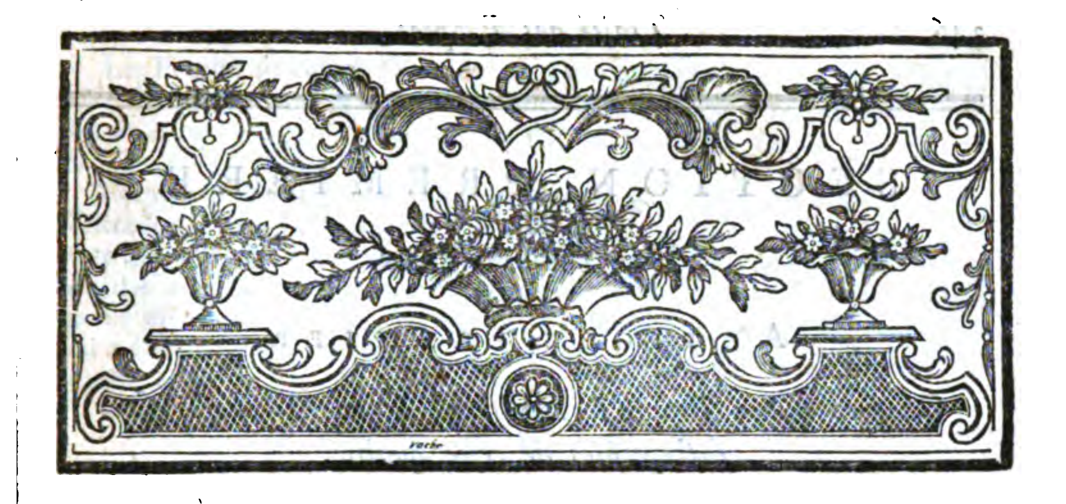
A l'égard des dettes actives, elles ne peuvent appartenir, ainsi que dans le cas de la déshérence, qu'à celui des Seigneurs dans la Jurisdiction duquel celui dont il s'agit avoit son domicile.

Ces sortes de Successions sont appellées irrégulieres, parce que ceux qui succedent de cette maniere, ne succedent pas à la personne, mais seulement aux biens, d'où il suit qu'ils sont tenus des dettes comme charges des biens, & jusqu'à concurrence de la valeur des biens, mais ils ne sont pas tenus comme les héritiers *ultra vires*, & par conséquent ils peuvent en être déchargés, en abandonnant les biens aux créanciers.

Il en est de même de la cotte-morte ou pécule des Religieux; soit que ce soit le Monastere dont ce Religieux étoit membre qui lui succede, soit que ce soit la Fabrique de la Paroisse dont il étoit Curé à son décès, suivant la Jurisprudence du Parlement, établie par l'Arrêt rendu le 11 Mars 1710, pour la Succession d'un Prémontré, décédé Curé de Saint-Léger, Diocèse d'Amiens, ceux qui recueillent la Succession ne succedent qu'à la charge des dettes, mais ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence du pécule.

Les Arrêts les plus récens rendus au Grand-Conseil, ont adjugé la cotte-morte des Religieux décédés Curés, aux Religieux, à l'exclusion des Abbés. Arrêts des 17 Novembre 1718, & 27 Mai 1724, rapportés par Richer, en son Traité de la mort civile. Arrêts des 7 Janvier 1750, & 30 Avril 1760, rapportés par Denizart.

Fin du Traité des Successions.



TRAITÉ DES PROPRES.

De la Division des Biens en Acquêts & Propres.

L'ESPRIT de notre Droit Coutumier est que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en sont venus. De-là est venue la distinction entre les Acquêts & Propres.

On appelle les Acquêts les immeubles qui ne nous viennent point de famille, & que nous avons acquis nous-mêmes, soit à titre onéreux, comme par l'achat que nous en avons fait, soit à titre gratuit, comme par la donation ou legs qu'on nous en auroit fait.

Il faut pourtant en excepter ceux qui nous auroient été donnés ou légués par nos peres, meres ou autres ascendans; car ces titres équipollent à celui des Successions, & font des Propres & non des Acquêts, ainsi que nous le verrons plus bas.

Les Propres sont ou réels ou fictifs, légaux ou conventionnels. Nous traiterons séparément de ces trois différentes especes.

SECTION PREMIERE.

Des Propres réels.

ARTICLE PREMIER.

Qu'est-ce qu'un Propre? Division, & quelles choses sont susceptibles de cette qualité.

§. I.

Qu'est-ce qu'un Propre réel?

LE terme de Propre se prend différemment dans notre Droit, selon les différentes matieres. En matiere de communauté de biens entre mari & femme, on appelle Propre tout ce qui n'entre point en communauté. C'est pourquoi, les acquêts que chacun des conjoints a faits auparavant le mariage sont appellés Propres de communauté, parce qu'ils n'y entrent pas.

Ce n'est point de cette espece de Propres dont nous entendons parler ici. Nous en avons déjà parlé dans notre Traité de Communauté.

En matiere de Succession, de Donation, de Testament, de Retrait lignager, on appelle Propres les immeubles qui nous sont échus de la Succession de quelques-uns de nos parens.

§. II.

Division des Propres.

On divise les Propres réels en naissans & avitins, en Propres de côté & ligne, & Propres sans ligne.

Les Propres naissans sont les héritages qui nous sont transmis par la Succession de quelqu'un de nos parens qui les avoit acquis. Par exemple, si j'ai succédé à mon pere, à un héritage que mon pere avoit acquis, cet héritage sera en ma personne un Propre naissant paternel.

Les Propres avitins ou anciens sont ceux qui m'ont été transmis par la Succession d'un parent à qui ils avoient été transmis pareillement par Succession. Par exemple, l'héritage que j'ai eu de la Succession de mon pere, qui l'avoit eu lui-même de la Succession du sien, est un Propre avitin.

Les Propres de côté & ligne sont ceux qui sont affectés aux parens d'un seul côté. Par-exemple, ceux qui me viennent de la Succession de mon pere ou de quelque parent paternel, sont Propres du côté paternel, parce qu'ils sont affectés aux seuls parens de ce côté.

On appelle Propres sans ligne, les Propres naissans qui me viennent de la Succession d'une personne qui m'étoit parente, tant du côté de mon pere que du côté de ma mere, par exemple, de la Succession de mon fils qui les avoit acquis de mon frere germain. Ils sont appellés sans ligne, parce qu'ils ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre, à un côté qu'à l'autre, puisqu'ils procedent d'un parent qui m'étoit parent de deux côtés.

§. III.

Quelles choses sont susceptibles de la qualité de Propres ?

Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de la qualité de Propres. Les meubles ne le sont pas.

La raison en est que notre Droit Coutumier ayant inventé la qualité de Propres pour conserver les biens dans les familles, il n'a attaché cette qualité qu'aux biens qu'il s'est proposé d'y conserver. Or, en cela, il n'a eu en vue que les immeubles & non les meubles, tant parce que les meubles dont le commerce est trop fréquent, ne sont point de nature à être conservés ainsi, que parce que c'étoit dans les héritages que consistoit la fortune des familles du tems de nos ancêtres, & non dans les meubles qui étoient alors très-peu considérables, & qui, par cette raison sont très-peu considérés dans toutes les matieres du Droit Coutumier.

Au reste, non-seulement les héritages sont susceptibles de cette qualité, les immeubles fictifs, tels que sont les rentes & les offices, le sont aussi. Car cette espece de biens dans lesquels consiste aujourd'hui la fortune d'une grande quantité de familles, ayant été mise par cette raison au rang des immeubles, c'étoit une conséquence de leur attribuer toutes les qualités dont les immeubles sont susceptibles.

ARTICLE II.

Quel genre de Successions fait des Propres.

Toute Succession de nos parens fait des Propres, soit que ce soit une Succession en ligne directe, ascendante ou descendante, soit qu'elle soit en collatérale.

Renusson en excepte mal-à-propos les héritages que nous avons donnés à l'enfant auquel nous succédons, parce que, dit-il, ces héritages reviennent plutôt *jure reversionis quàm jure hereditario*. En cela il se

trompe. Le droit de réversion n'a lieu que dans le pays de Droit écrit, où il ne peut y avoir lieu à la question, n'y ayant point de Propres en pays de Droit écrit. Quant aux Pays Coutumiers, il est faux que les héritages donnés par les ascendans leur retournent à la mort de leur enfant *jure reversionis*, ce droit étant fondé sur des principes inconnus dans le Droit Coutumier. C'est vraiment à titre de Succession qu'ils leur retournent. Les termes de la Coutume sont formels; car, après avoir dit que Propre ne remonte aux pere, mere ou autres ascendans, art. 314; elle ajoute en l'article suivant: Toutefois, succedent ès choses par eux données. C'est donc vraiment à titre de Succession que les ascendans succedent à leurs enfans aux héritages qu'ils leur ont donnés, & par conséquent ces héritages leur sont propres, puisque c'est une regle générale que tout ce qui nous avient à titre de Succession de nos parens nous est propre.

Il en est autrement de la Succession de l'un des deux conjoints par mariage auquel le survivant succede à défaut de parens, suivant l'Edit, *Undè vir & uxor*, que nous avons adopté en France. Les héritages qui lui sont échus par cette Succession ne sont point des Propres; car il n'y a de Propres que les immeubles qui nous viennent de la Succession de nos parens.

Que si quelques Coutumes ont défini les Propres les héritages que nous possédons à titre successif, sans ajouter de nos parens, c'est que les Successions se font à titre de parenté, & que selon la coutume des Jurisconsultes, les définitions ne se font que sur ce qui est ordinaire.

Mais pourquoi les Successions *undè vir & uxor* ne feroient-elles pas des Propres aussi bien que les autres Successions? La raison en est évidente; la Loi ne donne la qualité de Propres aux héritages qui nous viennent de Succession, que pour que nous les conservions aux côté & ligne de notre famille d'où ils nous sont venus. Or, cette raison ne se rencontre plus dans cette Succession. C'est un étranger qui succede à défaut de parens du défunt. Il n'y a plus par conséquent de famille du côté d'où l'héritage est venu, à qui il puisse être conservé; & par conséquent, en vain lui donneroit-on la qualité de Propre. Renusson, qui soutient contre notre sentiment que cet héritage est Propre, convient qu'il n'est pas Propre de Succession par la raison que nous venons de dire; mais il prétend qu'il est Propre de disposition. Cet Auteur n'a pas réfléchi, lorsqu'il a écrit cela; car un héritage n'est Propre de disposition, qu'en faveur de nos héritiers de la Famille, dont il nous est venu; les portions dont les Coutumes défendent de disposer, sont appellées *réserves coutumieres*, parce que les Coutumes les réservent aux héritiers de la famille. N'y ayant dans notre espece aucuns héritiers de la famille, ces héritages ne peuvent pas plus être Propres de disposition que de Succession.

Nous disons que l'héritage auquel j'ai succédé à ma femme, suivant l'Edit *undè vir & uxor*, ne peut être considéré comme Propre, parce qu'il ne reste plus personne de la famille de ma femme en faveur de qui la qualité de Propre puisse être considérée. En seroit-il de même si j'avois succédé

succédé à ma femme en conséquence de la renonciation que ses parens auroient faite à sa succession? Je réponds que ce seroit la même chose. Car ces parens de ma femme qui restent, m'étant absolument étrangers, ne peuvent être mes héritiers à cet héritage qui m'est venu de ma femme. La Succession d'un Propre est déférée aux parens du défunt de la famille d'où lui est venu ce Propre préférablement à tous ses autres parens, quoique plus proches; mais elle ne peut être déférée à des personnes qui ne sont point en tout parentes du défunt. Mais, dira-t-on, ne peut-il pas se faire que ces parens de ma femme soient aussi les miens? Oui, mais ce ne peut être que par une parenté différente de celle dont ils touchoient ma femme. Car, puisque je n'étois pas parent de ma femme, ne lui ayant succédé que par l'édit *undè vir & uxor*, ils ne peuvent pas m'être parens par la même parenté dont ils touchoient ma femme. Cela présupposé, il est évident qu'ils ne peuvent prétendre succéder comme à un Propre à l'héritage qui m'est venu de la Succession de ma femme. Ils ne peuvent, en vertu de la parenté dont ils me touchent, y succéder que comme à un acquêt, puisque, par cette parenté, ils ne touchent point ma femme de qui l'héritage m'est venu. Ils ne peuvent y succéder du tout en vertu de la parenté dont ils touchent ma femme, puisque cette parenté ne les rend point mes parens.

Si la Succession *undè vir & uxor* ne fait que des acquêts, parce que cette Succession n'avient pas à titre de parenté, à plus forte raison la Succession à titre de déshérence ne fait-elle que des acquêts. Cette Succession n'est pas même une vraie Succession. Le Seigneur qui succede par déshérence, ne succede point *in jus defuncti*, mais *in bona vacantia*, par ce droit qu'ont les Seigneurs de Justice de s'approprier les choses qui se trouvent dans le territoire de leur Justice n'avoir point de maître.

Cela pourroit peut-être souffrir quelque difficulté, lorsque le Seigneur de la Justice, qui succede par déshérence, est en même tems Seigneur de Fief. On pourroit peut-être dire que l'héritage qui lui arrive par déshérence, se réunissant & consolidant au fief ou à la censive dont il relevoit, doit ensuivre la qualité, & être Propre, si ce fief ou cette censive étoit un Propre de ce Seigneur; mais nous verrons, *art.* 4, que cette union civile ne se faisant que quant à la féodalité, n'empêche pas que le corps d'héritage acquis par le Seigneur, ne soit un héritage distinct & séparé de celui d'où il relevoit auparavant, & qu'il ne puisse avoir la qualité d'acquêt, quoique l'autre ait celle de Propre.

ARTICLE III.

Quels Titres équipollent à celui de Succession.

§. I.

Des Donations faites par nos Ascendans.

Les donations & les legs qui nous sont faits par nos pere & mere ou autres ascendans, sont des titres équipollens au titre de Succession, & qui donnent la qualité de Propres aux immeubles donnés ou légués, de la même maniere que si le donataire les tenoit de la Succession du donateur. La raison de cette Jurisprudence, qui est certaine, est que, selon la Loi naturelle, les ascendans doivent leur Succession à leurs descendans. C'est pourquoi, lorsqu'ils leur ont fait des donations entre-vifs, ou legs, ces donations ou ces legs sont considérés comme un acquittement de cette obligation naturelle qu'ils ont contractée de leur laisser leur Succession, & par conséquent ces donations sont censées des Successions anticipées, & les legs sont censés faits pour tenir lieu de la Succession qui étoit due à ces enfans : d'où il suit que ces donations & ces legs sont en quelque façon des titres de Succession.

La raison pour laquelle les immeubles qui nous aviennent à titre de Succession nous sont Propres, est qu'ils nous aviennent *jure sanguinis, jure familiæ.* Or, cette raison se rencontre également dans ce qui nous avient de nos ascendans par donation ou legs; car notre qualité d'enfans est le plus puissant de tous les motifs qui ait pu porter nos ascendans à nous les faire. C'est donc en cette qualité d'enfans, *jure sanguinis, jure familiæ*, que nous tenons ce qui nous a été ainsi donné. Et par conséquent ce qui nous a été ainsi donné, mérite également la qualité de Propre, comme si nous le tenions à titre de Succession.

Ce qui nous a été donné par nos ascendans nous est Propre, non-seulement dans le cas où nous accepterions par la suite leur Succession, mais encore dans le cas où nous y renoncerions; car ce qui nous a été donné nous en tient lieu.

Il y a plus : ce qui nous a été donné par nos ascendans nous est Propre, quand même nous ne serions pas leurs héritiers présomptifs. Par exemple, ce qu'un aïeul donne aux enfans de son fils leur est-il Propre? La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que j'aie ces choses en avancement d'une Succession, ou pour me tenir lieu d'une Succession à laquelle je ne suis point appellé. La raison de décider est que le vœu de la nature étant que nos biens passent à toute notre postérité, il est vrai de dire que la Succession des biens de cet aïeul, non pas à la vérité immédiate, mais médiate, est due à ses petits-enfans, qui, selon le cours ordinaire & le vœu de la nature, doivent un jour lui

succéder, quoique par le canal de leur pere qui les précede. Lors donc que leur aïeul leur donne ces biens, il ne fait qu'accélérer le tems auquel ils doivent un jour y succéder; il ne fait que sauter par-dessus le canal par lequel ils doivent un jour leur passer; & par conséquent, il est vrai de dire même en ce cas que la donation faite à ces petits-enfans est une Succession anticipée, qui doit donner la qualité de Propres aux immeubles qui leur parviennent à ce titre.

Il y a des Coutumes où le fils aîné est seul héritier. Ce qui est donné dans ces Coutumes aux puînés leur est-il Propre? La raison de douter est qu'il semble qu'on ne puisse dire que la donation qui leur est faite soit en avancement de Succession, puisque, dans ces Coutumes, ils ne sont pas habiles à succéder à ces biens, ni immédiatement, ni même médiatement. Sur ces raisons, il a été jugé par un Arrêt rapporté par Bouguier, qu'une donation faite à un enfant puîné, dans la Coutume de Ponthieu, n'avoit fait que des acquêts. La raison de décider au contraire qu'une telle donation fait des Propres, est que si les puînés ne sont pas capables, dans ces Coutumes, du titre civil d'héritiers qui est réservé au seul fils aîné, ils sont au moins capables d'une espece de Succession naturelle d'une portion des biens de leur pere; les donations qui leur sont faites, sont censées faites en avancement & en acquit de cette Succession naturelle, ce qui suffit pour que ce qui leur revient à ce titre, soit Propre. Les Coutumes d'Anjou & du Maine, art. 250 & 268, en ont des dispositions formelles.

Pour qu'un immeuble soit censé nous être avenu par donation de nos ascendans, & en conséquence soit Propre, il faut que ce soit l'immeuble lui-même qui nous ait été donné. C'est pourquoi si mon pere acquiert en mon nom un héritage, & qu'il le paye de ses deniers avec déclaration expresse qu'il n'entend point répéter contre moi l'héritage, il sera acquêt & non Propre. Car cet héritage ne m'a point été donné par mon pere à qui il n'a jamais appartenu; il ne m'a donné que les deniers pour acquérir la chose, & non la chose même. Je tiens l'héritage non de lui, mais de l'étranger qui l'a vendu.

Si mon pere a acquis un héritage en mon nom, & qu'ensuite il m'en fasse donation, cet héritage sera-t-il Propre? Renusson décide indistinctement qu'oui, & rapporte un Arrêt. Je pense qu'il faut ainsi distinguer. Si je n'avois point accepté l'acquisition que mon pere en a faite en mon nom, ou même que j'eusse refusé expressément de la ratifier, comme en ce cas cette acquisition reste pour le compte de mon pere, la donation que mon pere m'en a faite depuis est valable. C'est en vertu de cette donation que je deviens propriétaire de cet héritage, & par conséquent il m'est Propre. C'est apparemment dans cette espece, que l'Arrêt cité par Renusson a été rendu; mais si j'avois ratifié l'acquisition qui en a été faite en mon nom, ayant par cette ratification acquis la propriété de cet héritage, la donation que mon pere m'en feroit par la suite ne feroit pas valable, puisqu'on ne peut pas valablement donner à quelqu'un ce qui lui appartient déjà. Cet héritage en ce cas ne m'appartiendroit donc point en vertu de la donation qui m'en auroit été faite par mon pere, mais en vertu de

l'acquisition qui en auroit été faite en mon nom, & par conséquent il sera acquêt.

Quid, si je ne m'étois point expliqué, si j'agréois ou non cette acquisition faite en mon nom? En ce cas, la donation que j'accepterois, supposeroit en moi la volonté de ne pas acquérir la chose en vertu de l'achat que mon pere en auroit fait en mon nom, & dans mon pere celle de prendre à mon refus cet achat pour son compte: en conséquence j'aurois cet héritage en vertu de cette donation, & il me seroit Propre.

Ne supposons plus que mon pere, qui a acquis cet héritage en mon nom me l'ait donné depuis; mais supposons qu'il est mort avant que je me sois expliqué. Si je ratifiois cette acquisition, cet héritage sera-t-il censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, ou à titre de Succession de mon pere duquel je suppose encore que j'aie été seul héritier? Il me paroît qu'il faut faire cette distinction. Si mon pere, lorsqu'il a fait cette acquisition en mon nom, avoit qualité pour la faire, comme s'il étoit mon tuteur; en ce cas, ce qu'il acquiert en mon nom m'étant acquis de plein droit, & sans qu'il soit besoin d'acceptation, comme si je l'avois acquis moi-même, le fait du tuteur étant à cet égard le fait du mineur, cet héritage sera censé m'appartenir en vertu de cette acquisition, & non à titre de Succession de mon pere, & par conséquent me sera acquêt. Que si mon pere a fait cette acquisition en mon nom, sans avoir aucune qualité, & comme un simple *negotiorum gestor*, comme en ce cas je ne peux acquérir la propriété de cet héritage, ainsi acquis en mon nom, que par la ratification que je ferois de cette acquisition, étant devenu héritier de mon pere, avant d'avoir fait cette ratification; & par conséquent avant d'avoir acquis cet héritage, je le trouve en la Succession, & je suis censé par conséquent l'avoir à titre de Succession.

Venons actuellement au cas où j'aurois partagé avec d'autres cohéritiers, la Succession de mon pere; en ce cas le partage fera connoître si j'ai cet héritage en vertu de l'acquisition qui en a été faite en mon nom ou à titre de Succession de mon pere; car si cet héritage n'a point été employé dans la masse des biens de mon pere, & qu'on y ait seulement employé le prix que mon pere a fourni pour cette acquisition, je serai censé avoir cet héritage en vertu de cette acquisition que mon pere en auroit faite comme un simple *negotiorum gestor*, quand je ne l'aurois pas ratifiée de son vivant; car la ratification que j'en fais depuis sa mort, en empêchant que cet héritage ne soit compris en la masse de ses biens, a un effet rétroactif au tems de l'acquisition, & empêche que cet héritage soit censé dépendre de la Succession de mon pere.

Que si au contraire cet héritage a été mis dans la masse de la Succession de mon pere, & qu'il soit échu dans mon lot de partage, en ce cas je l'aurai à titre de Succession, nonobstant l'acquisition qui en a été faite en mon nom. Car un héritage acquis par mon tuteur en mon nom, est bien censé m'appartenir, tant que je ne réfute pas l'acquisition; mais, lorsque je la réfute, & que l'on acquiesce à ma réfutation, il est censé ne m'avoir jamais appartenu. Or, la masse des biens de mon pere, dans la-

quelle mes freres & moi l'avons comprise, suppose en moi la volonté de réfuter cette acquisition, & dans mes cohéritiers celle d'acquiescer à ma réfutation, & de laisser l'acquisition pour le compte de la Succession de mon pere.

Ce qui nous est donné par nos ascendans nous est Propre; mais il en est autrement des immeubles que nous acquérons d'eux à titre de commerce. Il n'est pas douteux que ce que mon pere me vend, ou me donne en paiement de ce qu'il me doit, m'est acquêt comme si je l'acquérois d'un étranger.

Cela a lieu, quand même mon titre d'acquisition seroit qualifié de donation. Car si mon pere me donne en récompense des services que je lui ai rendus qui sont appréciables à prix d'argent, & qui égalent la valeur de l'héritage, une telle donation n'étant donation que *nomine tenus*, & étant *in rei veritate* une vraie vente, l'héritage que j'acquiers de mon pere à ce titre m'est acquêt.

Quid, si les services ou les charges n'égaloient pas la valeur de l'héritage? Je pense qu'en ce cas l'héritage seroit acquêt, seulement jusqu'à concurrence des services ou des charges, & que l'héritage étant censé donné pour le surplus, seroit Propre pour le surplus.

Il en seroit autrement si mon pere m'avoit vendu cet héritage au-dessous de sa valeur, l'héritage me seroit entiérement acquêt. La raison de différence est que dans l'espece précédente, l'intention de mon pere est de me faire une donation de l'héritage pour ce qu'il excede la valeur des services qu'il m'a payés, ou des charges qu'il m'impose; que l'acte est une donation pour cet excédent: mais dans l'espece présente, il n'a d'autre intention que de me faire une vente, à vil prix à la vérité, mais une vente, quoiqu'elle soit faite à vil prix, n'est pas pour cela autre chose qu'une vente, n'étant pas de l'essence de la vente que le prix soit précisément le juste prix de la chose vendue. Le contrat étant donc une pure vente, l'héritage que j'acquiers à ce titre ne peut être autre chose qu'acquêt.

Il est vrai que si j'avois des cohéritiers venans avec moi à la Succession de mon pere, ils pourroient attaquer cette vente qui m'a été faite à vil prix, & la faire déclarer avantage indirect & donation simulée faite sous le nom de vente; mais il n'y a qu'eux qui soient recevables à cela; c'est pourquoi si je n'ai point de cohéritiers, ou qu'ils ne se soient pas plaints, cette vente qui m'a été faite subsistant, l'héritage que j'ai acquis à ce titre ne peut passer que pour un acquêt en ma personne.

Lorsque nous disons qu'une donation est censée vente, & faire des acquêts jusqu'à concurrence des charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées par la donation, nous entendons parler des charges extrinseques aux choses données. A l'égard des charges qui sont charges de la chose même, une donation, pour être faite à ces charges, n'en est pas pour cela réputée onéreuse, c'est seulement donner les choses telles qu'elles sont.

Suivant ces principes, si mon pere m'a donné un héritage à la charge d'une rente fonciere dont il est chargé, quelque forte que soit cette rente, la donation n'est point pour cela censée onéreuse. C'est une pure donation qui m'est faite de cet héritage, lequel me sera Propre en entier.

Par la même raison, si mon pere me fait donation de ses biens à la charge de payer ses dettes, quand même ces dettes égaleroient l'actif, cette donation n'est point réputée onéreuse, & les biens que j'aurai à ce titre me seront Propres, parce que la charge des dettes est une charge de la chose qui m'est donnée, les biens renfermant en soi la charge des dettes.

Il en seroit autrement, si mon pere m'avoit donné la moitié de ses biens à la charge de payer le total de ses dettes, la moitié des biens qui m'est donnée n'étant par elle-même chargée que de la moitié des dettes, l'autre moitié dont on me charge étant extrinseque à la chose donnée, rend la donation onéreuse jusqu'à la concurrence de cette autre moitié des dettes; & par conséquent, les biens compris dans cette donation me seront acquêts, jusqu'à cette concurrence.

Que, s'il m'avoit donné des corps certains, par exemple, une certaine terre, à la charge de payer ses dettes, quand même cette terre seroit la portion la plus considérable de ses biens, la charge des dettes n'étant pas charge des corps certains, cette charge des dettes est entiérement extrinseque à la chose donnée, & par conséquent rend la donation onéreuse, jusqu'à la concurrence de la quantité de toutes les dettes dont on m'a chargé.

Lorsqu'un pere donne à son fils un héritage à la place d'une somme d'argent qu'il lui avoit promise en dot, il semble que ce soit une donation en paiement, & par conséquent un titre équipollent à vente qui doit faire un acquêt; *nam dare in solutum est vendere.* Mais la disposition de l'article 126 de la Coutume de Paris, formée sur la Jurisprudence qui avoit dès-lors prévalu, en décidant qu'il n'est point dû de profit en ce cas, nous insinue assez ouvertement que cet acte ne doit point être regardé comme une vente, mais comme un acte par lequel l'héritage est substitué à la place de la somme d'argent que le pere avoit d'abord entendu donner, & qu'ainsi cet héritage doit être censé avenir à l'enfant à titre de donation, & par conséquent être Propre.

Que si mon pere m'a donné en dot 10000 livres dont il me constitue une rente de 500 livres au capital de 10000 liv. cette rente est certainement un acquêt, puisqu'elle n'a commencé à exister qu'en ma personne.

§. II.

Si la Donation faite aux héritiers présomptifs en ligne ascendante ou collatérale fait des Propres.

Les Coutumes ont différentes dispositions sur cette question. Celles d'Anjou & du Maine disent en général que le don d'héritages fait à l'héritier présomptif, est réputé en avancement de Succession, & non pas acquêt.

Les Coutumes de Paris, *art.* 246, & d'Orléans, *art.* 21, décident assez ouvertement le contraire. Ces Coutumes font entrer en communauté tout ce qui est donné à l'un des conjoints pendant le mariage fors en ligne directe. D'où il suit que, puisqu'elles n'exceptent que la ligne directe, tout ce qui avient à titre de donation en ligne collatérale, sans distinguer si le donataire est ou n'est pas héritier présomptif du donateur, est acquêt, puisqu'il n'y a que les acquêts qui tombent en communauté.

Que doit-on décider dans les Coutumes qui n'ont à ce sujet aucune disposition? La Jurisprudence est aujourd'hui constante, que la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale ne fait que des acquêts. La raison en est qu'il n'y a d'obligation naturelle de laisser ses biens qu'à ses enfans. Nous ne les devons point à nos collatéraux. Les donations que nous leur faisons ne peuvent donc point être regardées comme l'acquittement anticipé de la dette de notre Succession. Ce sont de pures donations qui ne font par conséquent que des acquêts, suivant la maxime: *Il n'est si bel acquêt que don.*

Cela a lieu quand même le contrat de donation porteroit expressément qu'elle est faite à cet héritier présomptif en avancement de Succession. Car étant impossible *per rerum naturam* d'avancer le paiement de ce qu'on ne doit pas, il est impossible qu'une telle donation soit en avancement de Succession, & les termes dont on s'est servi dans l'acte ne peuvent pas lui donner une qualité qu'elle ne peut avoir.

Quid, de la clause que l'héritage donné sera Propre au donataire, comme il l'auroit été, s'il y eût succédé? *Voyez* cette question *in fin. Sect.* 3.

Les raisons que nous venons de rapporter paroissent concluantes, pour décider que la donation que je fais de mes acquêts à mon héritier présomptif en collatérale ne peut être regardée comme un avancement de ma Succession; qu'effectivement nous ne devons en aucune maniere nos acquêts à nos collatéraux. Mais a-t-on eu raison de décider la même chose à l'égard de la donation que je fais de mes Propres à mon héritier présomptif en collatérale? Car ne peut-on pas dire, que suivant l'esprit de notre Droit Coutumier, nous devons la Succession de nos Propres à nos parens de la famille d'où ils procédent; que c'est sur ce fondement que les Coutumes ont établi les légitimes coutumieres; qu'ainsi il semble que la donation que nous faisons à notre héritier présomptif des Propres,

peut fort bien passer pour un avancement de Succession, & que les héritages ainsi donnés doivent leur être Propres? Ces raisons sont spécieuses. Néanmoins je pense que la Jurisprudence a fort bien décidé que la donation que nous faisons même de nos Propres à notre héritier présomptif, même en ligne collatérale, n'est point en avancement de Succession. Il y a une grande différence entre la dette naturelle de nos biens envers nos enfans, & les légitimes coutumieres qui sont dûes par la Loi municipale à l'héritier aux Propres. Nous devons nos biens à nos enfans par la seule qualité qu'ils ont d'être nos enfans, & nous les leur devons dès notre vivant, quoique la dette ne soit exigible qu'après notre mort, en telle sorte que nous ne pouvons, sans manquer aux devoirs naturels, les en frustrer, en les dissipant de notre vivant. Les donations que nous leur faisons dès notre vivant, sont donc vraiment un paiement avancé & anticipé, & par conséquent une Succession anticipée. Il n'en est pas de même de la légitime coutumiere; elle est dûe à l'héritier en sa seule qualité d'héritier; & comme on ne peut avoir cette qualité d'héritier qu'après la mort de celui auquel on succede, on ne peut pas dire, comme dans l'espece précédente, que lorsque nous donnons nos héritages Propres à notre parent collatéral, quoique le plus proche habile à nous succéder, ce soit donation, ce soit un paiement anticipé d'un bien qui lui fût dû, quoique l'échéance de la dette ne fût pas encore venue; car la réserve coutumiere dans les Propres n'étant point due à raison de la qualité de parent, ni même de plus proche parent, mais à raison de la seule qualité d'héritier, qualité que ce donataire n'a pas, puisque l'on ne peut avoir la qualité de mon héritier qu'après ma mort, qualité qu'il est même incertain s'il l'aura jamais, on ne peut pas dire que les Propres que je lui donne soient quelque chose que je lui dusse, & dont je ne fais qu'anticiper le paiement: une telle donation ne peut donc passer comme dans la précédente espece pour un acquittement anticipé de ma succession, pour une succession anticipée; mais c'est une pure donation qui ne fait que des acquêts.

Les héritages donnés par les descendans aux ascendans sont-ils Propres dans la Coutume de Paris? Renusson pense qu'ils le sont, lorsque les héritages, qui leur sont donnés, sont des héritages dont ils étoient les héritiers présomptifs. Comment peut-il concilier ce sentiment avec celui embrassé, touchant la donation faite à l'héritier présomptif en collatérale qu'il convient ne faire que des acquêts? Nous ne devons pas plus la succession de nos biens à nos ascendans qu'à nos collatéraux, & par conséquent, la donation que nous leur faisons de nos biens ne peut pas plus être regardée comme une succession anticipée, que celle faite à nos collatéraux. Il y a plus, la Succession des ascendans n'arrivant que contre l'ordre & le vœu de la nature, *turbato mortalitatis ordine*, on ne peut pas regarder les donations faites aux ascendans par leurs descendans, comme l'avancement d'une succession qu'il est contre l'ordre & le vœu de la nature d'attendre.

§. III.

§. III.

Quand le titre de Substitution fait-il des Propres ?

La Substitution fidei-commissaire est une disposition testamentaire qu'un testateur fait de ses biens, ou de choses particulieres, au profit de quelqu'un, non directement, mais par le canal de son héritier, ou d'un premier légataire que le testateur charge de les lui restituer.

Il résulte de cette notion que le substitué tient du testateur les choses comprises en la substitution, & non de la personne grevée de les lui restituer, le titre auquel ces choses aviennent au substitué, est la donation testamentaire qui en est faite à son profit par le testateur. De-là il suit que les héritages échus, en vertu d'une substitution, seront Propres au substitué, si le substitué est un des descendans du testateur, parce qu'en ce cas, la substitution est une donation testamentaire faite en directe, laquelle fait des Propres. Que si au contraire ce substitué n'est qu'un parent collatéral du testateur, il semble que les héritages qu'il recueillera, seront des acquêts, quand même le substitué seroit l'héritier présomptif, ou même l'enfant du grevé de substitution. Car il ne tient pas ces biens de la succession du grevé, dont la mort a fait ouverture à la substitution, il les tient du testateur dont il n'est que parent collatéral. La substitution qui est son titre, est une donation testamentaire en collatérale, qui ne peut faire que des acquêts. Nonobstant cette raison qui me paroit décisive, Renusson pense que si le testateur, en appellant à la substitution la famille du grevé, a suivi l'ordre des successions, l'héritage sera Propre à ceux qui recueilleront la substitution. Ses raisons sont que la substitution étant faite dans la vue d'assurer davantage à la famille les héritages substitués, elle ne doit pas avoir un effet contraire à cette vue, qu'elle auroit néanmoins, si elle donnoit à ces heritages, en la personne des substitués, la qualité d'acquêts au lieu de celle de Propres, qu'ils auroient eue s'il n'y avoit point eu de substitution, & que les héritiers y eussent succédé au grevé à titre de succession; d'ailleurs que ces substitutions n'étant point faites par aucune considération personnelle des substitués, qui n'étant point encore nés, n'avoient pu mériter celle des testateurs, mais étant pour la considération générale de la famille, les substitués qui recueilleroient ces biens en vertu de la substitution, ne les recueilleroient pas tant *merito suo*, ce qui fait le caractere des acquêts, que *jure sanguinis & familiæ*, ce qui fait celui des Propres. Renusson rapporte deux Arrêts pour ce sentiment.

Lorsque le substitué est héritier du grevé, dont la mort donne ouverture à la substitution, il n'est pas douteux que l'héritage compris en la substitution lui est Propre pour la portion dont il est héritier, puisqu'il a cette portion *jure hæreditario*, à titre d'héritier du grevé dans la succession duquel l'héritage s'est trouvé, & que le droit de créance qu'il

avoit en vertu de la substitution contre la succession s'est confus pour cette portion par son addition d'hérédité.

Doit-on dire la même chose, s'il n'étoit qu'héritier sous bénéfice d'inventaire? La raison de douter est, que l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne confond pas les créances qu'il a contre la succession. La raison de décider est, qu'encore que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion du droit de créance qu'il a contre la succession pour raison des choses substituées à son profit, il n'en est pas moins vrai de dire que ces choses s'étant trouvées dans la succession du grevé, il en a été saisi comme héritier pour la part dont il est héritier, & ayant acquis à ce titre d'héritier la propriété de cette part, elle lui est Propre. La créance qu'il a de cette chose contre la succession, & dont le bénéfice d'inventaire empêche la confusion, lui donne droit de retenir cette chose, il l'a en vertu de son droit de substitution; mais on ne peut pas dire qu'il l'acquiert en vertu de ce droit, puisqu'il l'avoit acquise à titre d'héritier, par la regle, *le mort saisit le vif*, & que nous ne pouvons acquérir ce qui est déjà à nous, *quod meum est meum ampliùs fieri non potest, nec ut ex pluribus causis res mihi deberi potest, ita ex pluribus causis mea esse potest.*

Si le grevé de substitution avoit aliéné l'héritage compris en la substitution, & que l'héritier du substitué, suivant le droit introduit par la nouvelle Ordonnance de substitution, *t.* 1, *art.* 31, se le fût fait délaisser par le tiers-détenteur, en ce cas, il n'est pas douteux que l'héritage sera acquêt pour le total; car ne s'étant point trouvé dans la succession du grevé qui l'avoit aliéné de son vivant, on ne peut pas dire que le substitué l'ait à titre de succession de ce grevé; il ne peut en ce cas l'avoir qu'en vertu du seul titre de la substitution, laquelle étant, comme on le suppose, faite au profit du collatéral, étant une donation en collatérale, ne peut faire que des acquêts.

§. IV.

Si la remise de la confiscation fait des Propres ou des Acquêts?

Lorsque la remise de la confiscation est faite à la personne même du condamné par des lettres d'abolition qu'il obtient du Roi, il n'y a pas de difficulté que les héritages lui retournent avec la qualité de Propres qu'ils avoient avant la confiscation; car les lettres d'abolition ayant détruit & réduit *ad non actum* la sentence de condamnation qui avoit opéré la confiscation, ces lettres ont plutôt fait cesser la cause en vertu de laquelle le condamné avoit perdu ses biens, qu'elles n'ont formé un nouveau titre d'acquisition. Le condamné recouvre ses biens plutôt qu'il ne les acquiert de nouveau. Ces lettres n'étant donc point un nouveau titre d'acquisition, & ne pouvant donner à ces biens une nouvelle qualité d'acquêts, puisqu'ils retournent au condamné plutôt qu'il ne les acquiert, ils retour-

nent avec les mêmes qualités avec lesquelles il les possédoit avant la confiscation, & par conséquent avec la qualité de Propres, s'ils avoient cette qualité. Dargentré avoit fait une distinction entre les lettres d'abolition qu'il appelle de Justice, pour des cas de leur nature graciables, & celles qu'il appelle de pure grace, qui n'a point été suivie.

Lorsque le Roi remet la confiscation aux plus proches parens du condamné, on a agité la question, si ces biens devoient être regardés comme des Propres ou acquêts. Quelques anciens Arrêts les ont décidés Propres, sur le fondement que la remise de confiscation étoit comme une permission que le Roi accordoit que les parens succédassent à ces biens, & qu'ainsi les parens dans ce cas étoient censés tenir ces biens à titre successif, & par conséquent comme Propres. Ce raisonnement n'étoit pas juste; car le don que le Roi fait aux parens des biens confisqués, laisse subsister la sentence rendue contre le condamné, ne lui rend pas la vie civile qu'il a perdue par la condamnation; & comme le droit de succession passive est un droit attaché à l'état civil qui ne lui est pas rendu, on ne peut supposer que ses parens, à qui le Roi fait don de la confiscation, aient succédé à ses biens; ils les tiennent donc à titre de don du Roi, lequel titre fait des acquêts. Par ces raisons, la Jurisprudence les juge acquêts.

ARTICLE IV.

Quelles choses sommes-nous censés tenir à titre de Succession, & par conséquent comme Propres?

Nous possédons comme Propres, les immeubles auxquels nous avons succédé, non-seulement lorsque nous avons toujours continué de les posséder à ce titre, mais même lorsqu'après avoir cessé de les posséder, nous les avons recouvrés plutôt par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite, que par un nouveau titre d'acquisition.

Nous possédons à titre successif & comme Propres, non-seulement les immeubles auxquels nous avons succédé immédiatement, mais encore ceux qui nous sont avenus depuis la succession, en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.

Nous possédons comme Propre tout ce qui, depuis que nous avons succédé à un Propre, est uni, incorporé, & fait partie de notre Propre.

Nous possédons comme Propre tout ce qui nous reste d'un Propre, & tous les droits que nous avons retenus dans ce Propre, ou par rapport à ce Propre, en l'aliénant.

§. I.

Des choses dans lesquelles nous rentrons par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite.

Lorsque nous devenons propriétaires d'une chose après avoir cessé de l'être, il faut bien examiner si nous en redevenons propriétaires en vertu d'un nouveau titre d'acquisition que nous en faisons, ou seulement par la résolution de l'aliénation que nous en avions faite.

Au premier cas, on ne considere plus l'ancien titre, mais celui auquel nous l'avons acquis de nouveau. Par exemple, si j'ai vendu mon héritage, qui m'étoit échu par succession, & que celui à qui je l'ai vendu ou ses successeurs me le revendent, ou m'en fassent donation, on ne considere plus le titre de succession auquel je l'ai eu d'abord, parce que ce n'est plus en vertu de ce titre que j'ai cet héritage, mais en vertu de la vente ou de la donation qui m'en a été faite; & comme les titres de vente & de donation sont des acquêts, il n'est pas douteux que cet héritage, qui m'avoit d'abord été Propre, ne me sera plus qu'acquêt.

Au second cas, lorsque je redeviens propriétaire, non par un nouveau titre d'acquisition, mais par la seule résolution de l'aliénation que j'en avois faite, n'y ayant point de nouveau titre d'acquisition, l'héritage ne peut pas recevoir une nouvelle qualité d'acquêt qu'il n'avoit pas auparavant; le titre en vertu duquel je deviens propriétaire, ne peut être que l'ancien titre en vertu duquel je l'étois, lorsque je l'ai aliéné, puisqu'on suppose qu'il n'en est point intervenu de nouveau, & que l'aliénation que j'en avois faite s'est résolue. Si donc avant que je l'eusse aliéné je le possédois à titre de succession, il reprendra la même qualité de Propre.

Faisons l'application de ce principe. J'ai vendu un héritage qui m'étoit échu à titre de succession; je prends des lettres de rescision contre la vente que j'en ai faite, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, ou pour quelqu'autre cause que ce soit. Elles sont entérinées, & je rentre dans cet héritage. Il n'est pas douteux qu'il reprendra la qualité de Propre; car la sentence en vertu de laquelle je rentre, contient plutôt la destruction du titre par lequel je l'avois aliéné, qu'elle ne contient un nouveau titre d'acquisition. Voici un autre exemple: j'ai été condamné à une peine qui emporte mort civile & confiscation de biens, j'obtiens par la suite des lettres d'abolition, en vertu desquelles je rentre dans les biens qui avoient été confisqués; ces lettres ne sont pas tant pour moi un nouveau titre d'acquisition de ces biens, que la destruction de la Sentence qui m'en avoit fait perdre la propriété.

Dargentré néanmoins fait une distinction dans cette espece: il convient que dans le cas des lettres d'abolition, qu'il appelle de Justice, qui sont accordées pour un cas graciable, les biens qui avoient été confisqués

retournent avec la qualité de Propres qu'ils avoient auparavant. Mais il prétend que lorsque ces lettres d'abolition sont de grace, & qu'elles sont accordées par une grace extraordinaire, & par la plénitude de la puissance du Souverain, ces lettres renferment un véritable don des biens confisqués, & leur doit donner la qualité d'acquêts.

Cette distinction est rejettée par les Auteurs, & je ne pense pas qu'elle doive être suivie; car dans l'un & dans l'autre cas, les lettres d'abolition anéantissent la Sentence de condamnation qui a opéré la confiscation; d'où il suit que les biens confisqués lui retournent par la résolution du titre qui les lui avoit fait perdre. Ce n'est point une nouvelle acquisition qu'il fasse d'où puisse résulter la qualité d'acquêt.

L'héritage dont je redeviens propriétaire reprend la qualité de Propre qu'il avoit, non-seulement lorsque j'y rentre par la rescision & l'annullation du titre qui m'en avoit fait perdre la propriété, comme dans les especes précédentes, mais même lorsque ce titre se résout pour l'avenir. C'est pourquoi si la donation que j'avois faite d'un héritage Propre est révoquée pour cause de survenance d'enfant, si j'avois vendu mon héritage Propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire, & que j'exerce le réméré, ou que j'y rentre en vertu de la clause commissoire, faute de paiement; si je l'avois donné à rente, & qu'on me le déguerpisse; dans tous ces cas & autres semblables, mon héritage, dont je redeviens propriétaire, n'est point acquêt, parce que ce n'est point en vertu d'un nouveau titre d'acquisition, que j'en redeviens propriétaire; mais il reprend la qualité de Propre qu'il avoit, lorsque je l'ai aliéné, parce que, redevenant propriétaire par la résolution du titre d'aliénation que j'en avois fait, je recommence à le posséder au même titre auquel je le possédois auparavant. Outre cette raison, qui seule est très-suffisante pour décider que dans cette espece l'héritage reprend la qualité de Propre, il se rencontre celle-ci: le droit de rente fonciere que j'ai retenu dans l'héritage Propre que j'ai aliéné, & en vertu duquel j'y rentre lorsqu'on me le déguerpit; le droit de rentrer en cas de réversion, le droit de rentrer dans l'héritage par la clause de réméré ou par la clause commissoire, sont des droits immobiliers qui m'étoient Propres de la même nature que m'étoit l'héritage, suivant les principes que nous établirons au paragraphe troisieme; ces droits venant à se fondre, se terminer & se réaliser dans l'héritage dans lequel je rentre en vertu de ces droits que j'ai conservés, il s'ensuit que cet héritage doit aussi avoir la même nature de Propre, suivant les principes que nous établirons au Paragraphe deuxieme.

Lorsque j'ai donné entre-vifs un héritage Propre, & que j'y rentre pour cause d'ingratitude du donataire, la Sentence qui m'y fait rentrer doit-elle être regardée comme une simple résolution de la donation que j'en avois faite, ou bien comme un nouveau titre d'acquisition qui donne à cet héritage la qualité d'acquêt? La question fait difficulté, & est controversée. Je suis revenu à penser que cette Sentence est un nouveau titre d'acquisition par lequel le Juge m'adjuge, par forme de réparation de

l'offense qui m'a été faite, ce que le donataire ingrat se trouve posséder de mes bienfaits.

Il me semble qu'on ne peut pas la considérer comme une simple résolution de la donation que j'avois faite; car un acte entiérement consommé, tel qu'est la donation, ne peut se résoudre qu'en vertu de quelque condition résolutoire sous laquelle cet acte ait été fait, sinon expressément, du moins tacitement. Or, on ne peut pas dire qu'une donation ait été faite sous la condition qu'elle se résolveroit en cas d'ingratitude du donataire. C'est à quoi même on n'a pas dû penser. Ce n'est donc point en vertu d'aucune condition résolutoire de la donation, que le donataire est privé de la chose donnée, & que le donateur y rentre, mais par forme de peine prononcée contre le donataire au profit du donateur, & par forme de réparation de l'offense commise contre lui, ce qui est un vrai titre d'acquisition que le donateur fait de cette chose qui la rend acquêt. Une preuve que le donateur n'y rentre pas en ce cas par la résolution de la donation, c'est qu'il reprend la chose avec toutes les charges qui ont été imposées par le donataire, ainsi qu'on en convient, ce qui néanmoins ne devroit pas être, si la donation se résolvoit; car toutes les charges imposées par le donataire devroient se résoudre pareillement suivant la regle, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*.

La commise d'un Fief qui se fait au profit du Seigneur pour cause de désaveu ou de félonie, n'est regardée non plus que comme une peine prononcée par les Coutumes contre le vassal au profit du Seigneur, & un titre d'acquisition qui donne au fief qui est commis, la qualité d'acquêt. Ainsi le décide Renusson en son Traité des Propres, & d'autres Auteurs.

Lorsque j'ai vendu à crédit un héritage, & que l'acheteur, qui n'a pas payé le prix par une convention faite avec moi, se déporte de son achat, & permet que je reprenne mon héritage, cette convention est regardée comme contenant plutôt un désistement & une résolution de la premiere vente, qu'une nouvelle vente & un nouveau titre d'acquisition. La raison en est que le contrat n'a pas été entiérement consommé dans cette espece où il manquoit à la consommation du contrat le paiement du prix. On peut, par un commun consentement, s'en désister : *re integrâ abire pacto à venditione potest*. C'est le sentiment de Dumoulin sur le titre des Fiefs, & notre Coutume, art. 112 en décidant que pour une telle convention, il n'étoit point dû de nouveau profit, paroît avoir adopté ce sentiment, & avoir regardé cette convention, non comme contenant une nouvelle vente, un nouveau titre d'acquisition, mais plutôt un désistement de la premiere vente; d'où il suit que l'héritage dans lequel le vendeur rentre n'est point un nouvel acquêt, mais qu'il reprend la même qualité de Propre qu'il avoit lorsqu'il l'a aliéné.

§. II.

Des choses qui nous aviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé.

Non-seulement les immeubles qui nous ont été transmis immédiatement par la succession de nos parens, nous sont Propres, tous ceux qui nous aviennent en vertu d'un droit auquel nous avons succédé, le sont aussi; car ils nous aviennent en notre qualité d'héritier. C'est en tant qu'héritiers que nous en devenons propriétaires. Il est donc vrai de dire que nous les tenons à titre d'héritier, & par conséquent que ce sont des Propres. Par exemple, mon pere a acheté un héritage dont la tradition ne s'est faite que depuis sa mort à moi qui suis son héritier, cet héritage me sera Propre, quoique je n'aie point succédé immédiatement à cet héritage, qui n'a jamais appartenu à mon pere; car il suffit que j'aie succédé à l'action *ex empto* qu'avoit mon pere pour se le faire livrer. En succédant à l'action par laquelle je me suis fait livrer l'héritage, c'est tout comme si j'avois succédé à l'héritage même. Car de même que c'est un axiome en Droit, que *qui actionem habet ipsam rem habere videtur.* De même il faut dire que *qui in actionem successit in ipsam rem successisse videtur.*

On peut dire que j'ai cet héritage à titre d'héritier, puisque ce n'est qu'en ma qualité d'héritier, & en conséquence du droit auquel j'avois succédé à mon pere, qu'il m'a été livré, & que j'en suis devenu propriétaire. Ce droit auquel j'ai succédé étoit un droit à un héritage *jus ad immobile*, & par conséquent, suivant les principes établis au paragraphe précédent, un droit immobilier qui étoit en ma personne un Propre. Ce droit n'étoit autre chose que l'héritage même considéré sous un certain aspect, non comme étant déjà *in dominio*, mais comme étant *in credito*, & devant un jour parvenir en notre domaine. Il s'ensuit que l'héritage auquel le droit qui m'étoit Propre vient à se terminer, & dans lequel il vient à se fondre & réaliser par la tradition qui m'en est faite, doit être pareillement Propre, puisqu'il n'est rien autre chose que le terme & la réalisation du droit qui m'étoit Propre. On doit décider la même chose, & par la même raison dans toutes les autres especes semblables. Par exemple, si le parent auquel j'ai succédé avoit vendu un héritage, & qu'il lui fût resté par rapport à cet héritage, une action rescisoire pour y rentrer par la rescision de la vente qu'il en avoit faite, ou qu'il eût conservé un droit de réméré ou une action en vertu de la clause commissoire, si après sa mort j'exerce comme son héritier, cette action rescisoire, ou ce droit de réméré, ou une action en vertu de la clause commissoire, cet héritage me sera Propre, & même s'il étoit déjà Propre à mon parent, lorsqu'il l'a vendu, il me sera Propre avitin, tel qu'il me l'auroit été, si mon parent ne l'avoit jamais vendu, & que j'y eusse succédé immédiatement. Car

l'action que mon parent a retenue & conservée par rapport à l'héritage; est Propre de même nature qu'étoit l'héritage, suivant les principes que nous verrons au paragraphe quatrieme. Ce droit auquel j'ai succédé m'étoit donc Propre, tel que l'étoit l'héritage, lorsque venant à exercer ce droit par moi-même, il s'est terminé, fondu & réalisé en l'héritage même; il s'ensuit que l'héritage me rentre avec la même qualité de Propre que ce droit avoit, & par conséquent avec la même qualité de Propre que cet héritage auroit eu lui-même, s'il n'eût point été aliéné, & que j'y eusse succédé immédiatement.

Suivant les mêmes principes, si j'acquiers par prescription la propriété d'un héritage dont celui à qui j'ai succédé s'étoit mis en possession, cet héritage me sera Propre tout comme si j'avois succédé à l'héritage même; car quoique le défunt n'en ait point eu la propriété, & que ce soit moi qui l'aie acquise, il suffit que je l'aie acquise en vertu d'un droit de possession auquel j'ai succédé, pour que cet héritage soit Propre, ainsi que le droit auquel j'ai succédé, & de même que si j'y avois succédé immédiatement.

Mon pere a vendu & livré un héritage à crédit, il meurt peu-à-après; & par une convention entre l'acheteur & moi, par laquelle l'acheteur se déporte de son achat, je rentre dans l'héritage, cet héritage me sera-t-il Propre? Il y a beaucoup plus de difficulté que dans les especes précédentes; car on ne peut pas dire dans cette espece comme dans les précédentes, que je deviens propriétaire de l'héritage en vertu d'un droit auquel j'ai succédé. Mon pere ayant vendu à crédit cet héritage, n'a conservé aucun droit à cet héritage auquel j'aie pu succéder; il n'avoit que l'action *ex vendito* pour être payé du prix, laquelle étant une action mobilière, n'étoit pas susceptible de la qualité de Propre. D'un autre côté, on peut dire que la convention par laquelle un acheteur se déporte de son achat, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant plutôt un résiliement de la vente qui en a été faite, qu'une nouvelle vente qui m'est faite, il s'ensuit que je rentre dans cet héritage plutôt que je ne l'acquiers; & comme j'y rentre en qualité d'héritier du vendeur, la convention en vertu de laquelle j'y rentre, étant une convention que je n'ai pu faire que comme héritier, je tiens donc cet héritage à titre d'héritier, ce qui suffit pour qu'il me soit Propre. Mais, dit-on, mon pere n'ayant conservé aucun droit à cet héritage, je n'ai pu succéder à aucun droit en vertu duquel je sois devenu propriétaire de l'héritage; on ne peut donc pas dire que j'aie l'héritage en vertu d'un droit auquel j'aie succédé en vertu d'un droit successif, ce qui est néanmoins nécessaire pour qu'il soit Propre.

Je réponds. Je l'ai en vertu du droit *ex vendito*, auquel j'ai succédé, & par conséquent en vertu d'un droit successif. Il est vrai que le droit *ex vendito* n'avoit dans son origine, & dans le tems que j'y ai succédé, pour objet, que le paiement du prix, & étoit une action mobilière, non susceptible de la qualité de Propre: mais, *ex accidenti*, par le désistement que l'acheteur a fait de son achat & la convention qu'il y a eu

entre

entre lui & moi en ma qualité d'héritier, ce droit *ex vendito* que j'avois a changé de terme, & a pour objet l'héritage dans lequel il m'étoit permis de rentrer, au lieu d'en exiger le prix; de droit mobilier qu'il étoit, il est devenu immobilier, ayant pour objet l'héritage; c'est en vertu de ce droit que je suis rentré & devenu propriétaire de l'héritage, & par conséquent en vertu d'un droit successif, ce qui suffit, pour qu'il soit Propre.

Mon pere avoit eu un héritage qu'il avoit donné à rente, en retenant un droit de refus: depuis sa mort cet héritage a été vendu; j'exerce le droit de refus, cet héritage sera-t-il Propre ou acquêt? Il sera acquêt; car le titre de mon acquisition est la vente qui en a été faite d'abord à l'étranger, & par l'événement à moi comme subrogé à l'étranger. Le droit de refus auquel j'ai succédé, ne m'a donné que la préférence. J'ai été préféré en vertu de ce droit, mais j'ai acquis en vertu de la vente qui en avoit été faite.

Que si la vente qui a donné lieu au droit de refus avoit été faite du vivant de mon pere, le droit d'avoir cet héritage ayant été acquis à mon pere, s'étant trouvé dans la succession, & étant un droit immobilier qui m'est Propre, il n'est pas douteux que si j'exerce ce droit, l'héritage me sera Propre; car je l'acquiers en vertu d'un droit acquis à mon pere auquel j'ai succédé.

J'ai transigé sur la propriété d'un héritage dont mon pere m'a transmis la possession, l'héritage me sera-t-il Propre ou acquêt? Il faut entrer dans la discussion de la question sur laquelle j'ai transigé. S'il appartenoit à la personne qui m'a fait la contestation, & qui, par la transaction, au moyen de l'argent que je lui ai donné, s'est désistée de son droit, cette transaction est pour moi un véritable titre d'acquisition en vertu duquel je possede l'héritage, je ne le tiens plus de la succession de mon pere, mais je le tiens en vertu de ce nouveau titre, & par conséquent, l'héritage m'est acquêt.

Mais à moins qu'il ne soit justifié que l'héritage appartenoit à celui qui m'en a fait la contestation, ou que le prix que j'ai donné par la transaction, qui se trouveroit égaler la valeur de cet héritage, ne le fît présumer, hors ces deux cas, il faut dire que cet héritage est Propre, & que je n'ai donné l'argent convenu par la transaction que pour me rédimer d'un procès, la propriété étant présumée être par-devers le possesseur, tant que le contraire ne paroît pas; c'est pourquoi je ne serai point censé l'avoir acquis par la transaction, mais le tenir de la succession de mon pere, & en conséquence il sera Propre.

§. III.

De ce qui échoit par partage ou licitation entre Cohéritiers.

Comme il est de la nature de toute communauté de devoir un jour se partager, *nulla enim in æternum communio est*, & qu'en conséquence une succession n'est déférée à plusieurs héritiers qu'à la charge du partage que chacun d'eux a droit de demander à ses cohéritiers, il s'ensuit que le partage & les actes qui en tiennent lieu, tel qu'est l'acte de licitation, doivent être regardés comme l'exécution & la détermination du titre de succession, & non comme un titre d'acquisition distinct & séparé du titre de succession. De-là il suit que tout ce qui avient par partage & licitation est censé avenir à titre de succession, & chaque cohéritier est censé avoir succédé à tout ce qui tombe dans son lot, ou à tout ce qui lui est adjugé par licitation, ces actes n'ayant fait que déclarer & déterminer les choses auxquelles chaque cohéritier devoit être censé avoir succédé; & par conséquent tout ce qui échoit à chacun des cohéritiers, soit par partage ou par licitation, est Propre pour le total, & non pas seulement pour la portion que l'héritier y avoit avant le partage; cela a passé en jurisprudence constante. De-là la maxime que les partages ont parmi nous un effet rétroactif, & ne sont que déclaratifs de ce à quoi chacun a succédé.

Cela a lieu quand même l'héritage qui m'avient par licitation composeroit seul tout l'actif de la succession. En vain dira-t-on qu'il répugne que n'étant héritier que pour une partie, par exemple, pour un quart, je sois censé avoir succédé à ce qui fait le total de l'actif de cette succession. Je réponds que cela ne paroît point répugner, si on fait réflexion que le quart indivis en cet héritage auquel j'ai succédé, renfermoit en conséquence de la qualité d'indivis, le droit de demander le partage & même la licitation de cet héritage, au cas que ce fût la commodité commune de sortir de cette maniere de communauté, & par conséquent, il renfermoit le droit d'avoir le total de cet héritage si j'étois le plus hardi licitant. Il est donc vrai de dire que c'est en vertu d'un droit renfermé dans celui auquel j'ai succédé, & par conséquent, en vertu d'un droit auquel j'ai succédé, que je le licite, & que je deviens, par le moyen de la licitation, propriétaire du total de l'héritage. Or, suivant les principes établis au paragraphe précédent, je suis censé avoir succédé, non-seulement aux choses auxquelles j'ai succédé directement & immédiatement, mais aussi aux choses qui me sont avenues en vertu d'un droit auquel j'avois succédé, & elles sont également censées Propres comme si j'y avois succédé immédiatement. Donc, en cette espece, il ne répugne point que je sois censé avoir succédé au total de cet héritage, puisqu'en succédant au quart indivis, j'ai vraiment succédé au droit d'avoir le total, si la licitation en décidoit ainsi.

La licitation n'eſt pas le ſeul acte qui tienne lieu de partage. Tout acte paſſé entre cohéritiers, ou quelques-uns d'eux, où on puiſſe préſumer que l'intention principale des parties a été de ſortir de communauté, doit paſſer pour partage, quand cet acte ſeroit qualifié du nom de vente ou de quelqu'autre nom, parce que la nature des actes doit ſe régler, non par le nom qu'on leur a donné, mais par ce qui s'eſt paſſé entre les Parties, par ce que les parties ont eû en vue & ſe ſont propoſé.

Selon ces principes, la Juriſprudence eſt devenue conſtante, que lorſque mes cohéritiers ou quelqu'un d'entr'eux me vend ſa part qu'il a par indivis dans quelqu'héritage de la ſucceſſion, ou qu'il me la donne à rente, ſoit perpétuelle, ſoit viagere, pourvu que cette rente viagere réponde à la valeur de la part qu'il me cede, tous ces actes tiennent lieu de partage, & en conſéquence les parts de mes cohéritiers qui me ſont cédées, ſont cenſées m'être avenues à titre de ſucceſſion, & me ſont Propres. La raiſon en eſt qu'on préſume que l'intention de mes cohéritiers, n'a pas été tant de vendre, ni la mienne d'acheter, que de ſortir de communauté.

Il en ſeroit autrement ſi mon cohéritier m'avoit fait donation de ſa part, ou me l'eût donnée pour une rente viagere qui n'excédât pas le revenu de cette part. Un tel acte ne peut paſſer pour tenir lieu de partage; car il eſt de la nature des partages que chacun des copartageans ait intention d'y recevoir autant qu'il donne, ce qui ne ſe rencontre pas dans ceux-ci. Par conſéquent cet acte ne pouvant être regardé comme fait *animo dividendi*, mais étant vraiment une donation que mon cohéritier me fait de ſa part, cette part me ſera acquêt.

§. IV.

De ce qui eſt uni à un Propre.

Tout ce qui eſt uni & incorporé à un Propre, eſt Propre de la même nature que la choſe dont il eſt l'acceſſoire, ſelon cette maxime de droit, *acceſſorium ſequitur naturam rei principalis.*

C'eſt pourquoi ſi j'ai bâti un édifice ſur un terrein Propre, ſi j'y ai planté des bois, des vignes, &c. ces choſes étant des acceſſoires de ma choſe, ſuivant la regle *ſuperficies ſolo cedit*, elles ſeront Propres de la même nature que le ſol, ſans même que l'héritier aux Propres doive aucune récompenſe de ce qu'il en aura coûté, comme l'avance mal-à-propos Renuſſon, ainſi que nous l'avons montré au Traité des Succeſſions.

Il n'en eſt pas de même de l'union civile comme de la naturelle. Les héritages que j'acquiers dans ma cenſive & dans mon fief, ne ſeront pas pour cela Propres, comme l'eſt ma cenſive ou mon fief dominant; mais ils ſeront acquêts, ſi j'en ſuis devenu propriétaire par un titre qui fait des acquêts. La raiſon en eſt qu'il ne ſe fait qu'une union de mouvance.

Les héritages ne sont plus, à la vérité, qu'un même fief avec le mien dont ils relevoient; mais ils n'en sont pas moins des corps d'héritages naturellement distincts & séparés de mon fief dominant dont ils relevoient, & par conséquent, ils peuvent avoir une qualité différente.

L'union de simple destination doit encore moins faire des Propres. C'est pourquoi lorsque j'achete un morceau de terre enclavé dans ma métairie, & le comprends dans les baux à ferme que je fais de cette métairie, ce morceau de terre ne sera pas moins un acquêt. Lorsque j'achete des droits dont mon héritage Propre étoit chargé, *V. G.* un droit d'usufruit ou de rente fonciere, lesquels, par cette acquisition, sont réunis à mon droit de propriété, il n'y pas lieu à la question si ces droits sont acquêts, ou s'ils suivent la nature de Propres de mon héritage, car ces droits s'éteignant par l'acquisition que j'en fais, ils ne sont susceptibles d'aucune qualité, mon héritage libéré demeurera Propre comme il l'étoit sans aucune récompense. Ce titre ne produira aucun acquêt; car par ce titre je me libere plutôt que je n'acquiers.

On demande si des augmentations de gages qu'un officier a été obligé d'acquérir, sont des acquêts, ou s'ils suivent la qualité de Propres qu'avoit l'Office? Il faut examiner comment elles ont été créées, comme quelques-unes l'ont été, pour pouvoir être possédées séparément de l'Office; il n'est pas douteux qu'elles sont acquêts, sinon elles sont censées unies à l'office, & en faire partie, & par conséquent, doivent en ce cas suivre sa qualité.

Lorsque je rentre dans un héritage au moyen du retrait féodal, il faut dire que cet héritage m'est acquêt; le retrait féodal étant un vrai achat, n'étant que le droit d'être préféré à un acheteur étranger.

§. V.

De ce qui reste d'un Propre & des droits qu'on retient par rapport à un Propre.

Il n'est pas douteux que ce qui reste d'un Propre est Propre, quand même cet héritage auroit péri & changé de forme; car tout ce qui reste de ma chose, qui a péri, m'appartient au même titre & de la même maniere que m'appartenoit ma chose. *Quod ex re meâ superest meum est.* Par exemple, si ma maison a été inondée, la place ou la masure qui en reste, demeure Propre de la même nature qu'étoit la maison.

Quid, des matériaux qui sont détachés? Si le propriétaire conserve la volonté de les replacer dans la reconstruction de la maison, comme en ce cas, ils conservent la nature d'immeubles, ainsi que nous l'avons vu au Paragraphe précédent; ils conservent aussi la qualité de Propres, sinon ils sont devenus meubles, & par conséquent non susceptibles de cette qualité.

Tous les droits que nous retenons dans une chose, lorsque nous l'aliénons, ou par rapport à cette chose, nous sont Propres, de la même maniere que l'étoit la chose ; car ces droits dérivant du droit de propriétaire que nous avions, doivent retenir la qualité des choses dont ils dérivent.

C'est pourquoi si j'aliéne mon héritage à titre de cens & de rente fonciere, le droit de cens ou de rente fonciére que je retiens sur cet héritage m'est Propre, ainsi que m'étoit l'héritage.

Il n'en est pas de même d'une rente qu'on me constitueroit par le contrat de vente pour le prix de mon héritage Propre par moi vendu. Cette rente sera un acquêt ; car cette rente n'est pas un droit que je retiens dans l'héritage, c'est un droit personnel que j'acquiers contre l'acheteur de mon héritage par la rente qu'il m'en fait pour & en acquit de la somme qu'il me doit pour le prix de mon héritage : acquérant ce droit de rente à titre d'une vente qui m'en est faite, c'est évidemment un acquêt. Mais, dira-t-on, je retiens, pour raison de cette rente une hypotheque sur l'héritage ; cette hypotheque est un droit dans l'héritage *jus in re* : or, nous avons dit que les droits retenus dans un héritage Propre, lorsque nous l'aliénons, conservoient la qualité de Propres ; la réponse est, que cela est vrai, des droits qui subsistent *principaliter & per se ;* mais ce principe ne peut recevoir d'application à un droit d'hypotheque qui ne subsiste pas *principaliter & per se*, & n'est que l'accessoire d'une créance personnelle. Car l'accessoire doit suivre la nature de la chose principale.

C'est pourquoi, en cette espece, la rente qui m'est constituée pour le prix de mon héritage étant un acquêt, l'hypotheque qui ne lui est qu'accessoire, ne peut pas changer sa nature d'acquêt, & lui donner la qualité de Propre.

Il en est de même d'une servitude prédiale, *finge*, d'un droit de vue. Par exemple, j'ai deux maisons dont l'une acquêt, qui a des vues sur l'autre qui m'est Propre ; par l'aliénation de celle qui m'est Propre, je retiens les droits de servitude de vue tels qu'ils sont. On ne peut pas dire que ce droit de servitude de vue que je retiens dans la maison Propre que j'aliene, ait la qualité de Propre ; car ce droit de servitude que je retiens n'est pas un droit qui subsiste par lui-même : c'est un droit attaché à la maison acquêt que je retiens : il en fait partie, *quid enim aliud sunt jura servitutum quàm qualitates prædiorum*, & par conséquent, ce droit de servitude doit suivre la nature de la maison acquêt dont il est une dépendance inséparable.

Non-seulement les droits que je retiens dans un héritage Propre, lorsque ce sont des droits qui subsistent *principaliter & per se*, me sont Propres, il en est de même de ceux que je retiens, non pas proprement dans cet héritage, mais par rapport à cet héritage. Par exemple, si je vends mon héritage Propre avec la clause de réméré, ou avec la clause commissoire par laquelle je stipule qu'il me sera permis d'y rentrer, si je ne suis pas payé dans un certain tems ; ce droit de réméré, ce

droit de rentrer dans l'héritage par la clause commissoire, sont des droits Propres de la même nature qu'étoit l'héritage.

Il en est de même des actions rescisoires que j'ai contre l'aliénation que j'ai faite de mon héritage. Par exemple, pour cause de lésion d'outre-moitié du juste prix, de minorité, ou pour quelqu'autre cause; ces droits étant des droits que j'ai conservés par rapport à l'héritage aliéné, me sont Propres de même nature qu'étoit l'héritage.

§. V I.

De quelle qualité doivent être présumés les héritages dont l'origine est incertaine?

L'héritage dont l'origine est incertaine, doit être présumé plutôt acquêt que Propre. La qualité d'acquêt étant la premiere & la plus naturelle qualité d'un héritage, puisque tout héritage est acquêt avant que d'être Propre, la qualité de Propre ne pouvant survenir à un héritage qu'après que celui qui l'a acquis, & en la personne de qui il est acquêt, l'a transmis par succession. D'ailleurs la qualité de Propre servant de fondement à des droits établis en faveur de la famille sur des héritages contre le droit commun, lorsque des familles réclament des droits sur ces héritages, c'est à elles à justifier la qualité qui sert de fondement à leurs prétentions, suivant la maxime que c'est au demandeur à fonder sa demande. *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Par exemple, un parent de mon vendeur veut retirer sur moi un héritage par retrait lignager, le fondement de sa demande est que cet héritage est un Propre: c'est donc à lui à justifier cette qualité de Propre, puisqu'elle sert de fondement à sa demande.

Un héritier veut faire retrancher de mon legs les quatre cinquiemes d'un héritage sur le fondement qu'il est Propre; c'est à lui à le justifier. Vous me direz que le légataire étant demandeur en saisissement de legs, c'est plutôt à lui, comme demandeur, à justifier que l'héritage est acquêt. Je réponds que c'est l'héritier qui prétend que les quatre cinquiemes doivent être exceptés du legs; *excipiendo fit actor*, & c'est par conséquent à lui à justifier le fondement de son exception, le fondement de cette réserve, & par conséquent à lui à justifier la qualité de Propre. Que s'il est question d'une succession entre l'héritier aux Propres & l'héritier aux acquêts, il est évident que l'héritier aux acquêts étant le plus proche parent, il n'a rien à prouver autre chose que la proximité de sa parenté. C'est à l'héritier aux Propres qui veut l'exclure à justifier la qualité de Propres qu'il prétend lui donner droit à la succession.

Article V.

Des effets de la qualité de Propres, & quand elle s'éteint.

§. I.

Des effets de la qualité des Propres.

Cette qualité de Propres a trois principaux effets.

1°. En matiere de succession. La succession de Propres est affectée aux parens de la famille d'où ils viennent, à l'exclusion des autres parens, quoique plus proches.

2°. En fait de disposition. Les Coutumes réservent dans les héritages Propres à l'héritier aux Propres, une certaine portion dont elles défendent de disposer à son préjudice par testament. Quelques-unes même défendent de disposer d'une certaine portion de Propres par donation entre-vifs.

3°. Lorsqu'un Propre est vendu, les Coutumes accordent aux parens de la famille le droit de le retirer par retrait lignager sur l'acquéreur étranger.

Nous avons parlé de ces trois différens effets au Traité des Successions, des Donations entre-vifs & testamentaires, & au Traité du Retrait lignager, où est le siége de ces matieres.

§. II.

Quand s'éteint la qualité de Propres?

Il est évident que la qualité de Propres s'éteint par l'extinction de l'immeuble qui en est le sujet, pourvu qu'il n'en reste rien; car elle se conserve dans ce qui en reste, ainsi que nous l'avons vu. Ainsi, lorsqu'une rente Propre est amortie, lorsqu'un office-Propre est supprimé, le Propre est éteint, & cette qualité ne se conserve pas dans les effets du remboursement; car ces deniers ne font plus partie de la rente, qui ne subsiste plus, ni de l'Office. Et d'ailleurs étant quelque chose de mobilier, ils ne sont point susceptibles de la qualité de Propres. Il n'en est pas de même de la place sur laquelle étoit bâtie une maison qui a été incendiée. Cette place conserve toujours la qualité de Propre qu'avoit la maison, car elle en fait partie, *area est pars domûs*, & elle est susceptible de cette qualité. De-là il suit que si on y reconstruit une nouvelle maison, elle aura la même qualité de Propres que l'ancienne; car la place sur laquelle elle a été bâtie, & dont le nouveau bâtiment est l'accessoire, lui communique cette qualité de Propre, suivant les principes établis en l'article précédent.

La qualité de Propre s'éteint aussi, *salvo subjecto*, lorsque l'héritage sort de la famille; mais s'il y rentre par la résolution du titre qui l'en a fait sortir, cette qualité de Propre revivra.

La qualité de Propre s'éteint aussi, quoique l'héritage reste dans la famille, lorsque quelqu'un de la famille commence à le posséder à un titre qui fait des acquêts; c'est-à-dire, à tout autre titre que de succession & de donation en directe.

Il sembleroit suivre de ces principes que la qualité de Propre est éteinte dans les héritages qui sont retirés par retrait lignager, ce retrait consistant à rendre le lignager acheteur à la place de l'étranger, à qui il a été vendu. Néanmoins, comme le retrait lignager a été introduit pour conserver les héritages dans les familles, il ne doit pas avoir un effet contraire aux vues de la Loi qui l'a introduit. La Coutume ne regarde pas la qualité de Propre comme éteinte dans l'héritage retiré par retrait lignager, & elle donne aux parens de la ligne d'où ils procedent le droit d'y succéder préférablement aux héritiers des acquêts de ce lignager; mais comme cet héritage est pourtant, dans la vérité, acquêt, elle veut que l'héritier de la ligne n'y succede qu'en remboursant à l'héritier aux acquêts le prix pour lequel il l'a retiré.

L'héritage tient donc, en ce cas, & de la nature d'acquêt, & de la nature de Propre; de la nature d'acquêt, parce qu'effectivement le lignager est acheteur *tunc enim pecuniâ suâ acquisivit*, & de la nature de Propre, parce que c'est *jure sanguinis & familiæ*, qu'il a été subrogé à cet achat.

Nous remettons à traiter cette question plus amplement au traité du Retrait lignager.

SECTION II.

Des Propres fictifs.

§. I.

Des Propres de Subrogation.

LA subrogation de Propres est une fiction de droit qui fait passer la qualité de Propre qu'avoit un immeuble que nous aliénons à un autre immeuble que nous acquérons à la place, & qui nous en tient lieu.

Pour que la subrogation fasse passer la qualité d'une chose à une autre, il faut que trois choses concourent. 1°. Il faut que ce soit une qualité extrinséque, telle qu'est la qualité de Propre; car il est évident que les qualités intrinséques des choses ne peuvent passer d'une chose à une autre. 2°. Il faut

faut que la chose à laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre, soit susceptible de cette qualité. De-là il suit, que si je vends mon héritage Propre, si je reçois le remboursement de ma rente Propre, la qualité de Propre qu'avoit ma rente ou mon héritage, ne peut pas, par la seule force de la subrogation, passer aux deniers du prix ou du remboursement qui me tiennent lieu de mon Propre, parce que ces deniers étant quelque chose de mobilier, ne sont pas susceptibles de la qualité de Propre, suivant le principe établi chap. 1er, art. 1er, §. 3. Quand même le prix m'en seroit encore dû lors de ma mort, cette créance du prix de mon Propre ne pourroit avoir la qualité de Propre, parce qu'étant mobilière, elle n'en est pas susceptible.

Il faut, 3°. Que la chose en laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre par subrogation, ait été acquise immédiatement à la place de cette chose, & en tienne lieu. De-là il suit que si je vends mon héritage pour une somme dont on me constitue rente, quoique sur le champ, & par le même contrat, cette rente sera acquêt, & ne recevra point, par la subrogation, la qualité de Propre qu'avoit mon héritage; car elle ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage; je ne l'ai pas immédiatement acquise pour mon héritage, mais pour le prix qui m'en étoit dû.

Par la même raison, si par partage le lot de mon cohéritier est chargé envers moi du retour d'une somme pour laquelle il m'ait constitué rente, cette rente me sera acquêt; car elle ne me tient lieu que de la somme qui m'étoit due pour ce retour. C'est à cette somme due pour ce retour, que par l'effet rétroactif des partages, je suis censé avoir succédé, & non point à la rente que je suis censé avoir acquise pour cette somme.

Les trois conditions requises pour la subrogation, se trouvent concourir dans l'échange que je fais de mon héritage Propre contre un autre immeuble. 1°. Il me tient lieu immédiatement de mon héritage. 2°. Etant immeuble, il est susceptible de la qualité de Propre. 3°. Cette qualité de Propre est une qualité intrinseque qui peut passer d'une chose à une autre.

Il se fait donc, en ce cas, un vrai Propre de subrogation, & l'immeuble que je reçois en échange de mon héritage sera réputé Propre de la même nature qu'étoit mon héritage, quant à tous effets, non-seulement en ma personne, mais à perpétuité à tous ceux de ma famille, à qui il sera transmis par ma succession. La Coutume de Paris, art. 143, en a une disposition expresse. Quand aucun a échangé son Propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, l'héritage est Propre de celui qui l'a eu par échange. Notre Coutume, art. 385, en a une pareille disposition.

Si l'héritage que j'ai reçu en échange de mon héritage Propre étoit d'une valeur plus considérable que le mien, & que j'eusse donné une somme de deniers pour retour, notre Coutume, art. 385, décide qu'il sera acquêt jusqu'à la concurrence des tournes, & que néanmoins l'héritier aux Propres pourra le retenir en remboursant. Cette disposition de la Coutume d'Orléans est fondée en raison de droit & d'équité; car ces

héritage ne me tient pas seulement lieu de mon héritage Propre, mais encore de l'argent que j'ai donné en retour. Cet héritage ne me tenant donc pas lieu pour le total de mon héritage Propre, il ne me le doit être que pour une portion & pour le surplus, & au *prorata* de la somme donnée pour retour, il doit être acquêt, ainsi que le décide notre Coutume.

Ce que notre Coutume ajoute, que quoique notre héritage soit pour cette portion acquêt, l'héritier aux Propres pourra néanmoins la retenir en remboursant, est fort sage. L'héritier aux acquêts qui doit succéder à cet héritage pour la portion pour laquelle il est acquêt, est mis hors d'intérêt par le remboursement qu'on lui fait, & on évite la licitation, qui auroit pu faire sortir entiérement le Propre de la famille contre la vue que la Loi a eue de l'y conserver par la subrogation.

Cette disposition de la Coutume d'Orléans étant fondée en droit & équité, doit, quant aux deux parties, être suivie dans la Coutume de Paris, & dans les autres Coutumes, d'autant que celle d'Orléans ayant été réformée après celle de Paris, par les mêmes Réformateurs, & cette disposition étant un article de la réformation, elle doit passer pour une explication de celle de Paris.

Voici une autre espece où il se fait subrogation de Propre. Il se trouve dans une succession un héritage qui est pour moitié paternel, & pour l'autre moitié maternel, & qui vaut 10000 livres, & un autre qui est en entier Propre paternel, qui vaut 5000 livres, cet héritage deviendra en la personne de l'héritier maternel, par la subrogation, Propre maternel; car il a cet héritage immédiatement à la place de la moitié de l'autre héritage, qui étoit pour cette moitié Propre maternel.

Quid, dans cette espece, deux freres germains partagent les successions de leurs pere & mere; l'un a en partage tous les héritages paternels, & l'autre tous les maternels, ces héritages paternels seront-ils réputés dans celui à qui ils sont échus Propres maternels jusqu'à concurrence de la part qu'il devoit avoir dans les Propres maternels, dont jusqu'à concurrence ils lui tiennent lieu *& vice versâ?* Non, ils sont pour le total Propres paternels, comme les maternels seront maternels pour le total à l'autre enfant. Il est censé avoir succédé à son pere pour le total à ces héritages échus en son lot, à la charge d'un retour envers son frere, lequel, de son côté, est censé avoir succédé pour le total aux héritages maternels, à la charge pareillement d'un retour, desquels retours qu'ils doivent de part & d'autre, il s'est fait compensation; cette espece-ci est bien différente de la précédente. Dans cette espece, les héritages paternels qui tombent en partage à l'un des enfans, ne sortent point de la famille du pere; ils doivent plutôt conserver leur vraie & naturelle qualité d'héritages paternels, que d'acquérir une qualité feinte de Propres maternels par la subrogation; au lieu que, dans l'espece précédente, l'héritage paternel qui est donné à l'héritier maternel sort de la famille paternelle du défunt; il ne peut donc plus conserver sa qualité de paternel, rien n'empêche donc qu'il ne puisse recevoir, par la fiction de la subrogation, la qualité de

Propre maternel qu'avoient les héritages dont il tient la place. Dans notre espece, l'enfant qui avoit les deux qualités d'héritier paternel & d'héritier maternel, doit être plutôt censé avoir ces héritages paternels de la succession paternelle dont ils procedent effectivement, que de celle dont ils ne procedent pas; mais dans l'espece précédente, l'héritier de la ligne maternelle ne peut avoir les héritages de la ligne paternelle, comme héritages de cette ligne. Il n'a d'autre titre pour les avoir que la convention pour laquelle on les lui a cédés, pour lui tenir lieu de ceux de la ligne maternelle dont il est héritier. Il tient donc cet héritage comme tenant la place des héritages de la ligne maternelle auxquels il a succédé, & par conséquent, comme Propres de cette ligne par subrogation. Les Coutumes de Sens, art. 44, & de Troyes, art. 154, en ont des dispositions conformes à notre décision.

Quid, de cette espece? Un pere ayant à partager les biens de la communauté avec son fils, qui a droit à la moitié de cette communauté comme héritier de sa mere, donne un de ses Propres à son fils pour le remplir de cette portion en la communauté. Cet héritage sera-t-il, par subrogation, Propre maternel, ou conservera-t-il sa qualité de Propre paternel? Il semble qu'il ne la peut conserver; car cet enfant, dans l'acte de partage de communauté qu'il fait avec son pere, n'ayant d'autre qualité que celle d'héritier de sa mere, l'héritage paternel qui lui est cédé par ce partage, lui appartient à titre d'héritier de sa mere. Or, il paroît répugner que l'héritage qu'il a comme héritier de sa mere, soit Propre paternel. Il semble donc qu'il ne peut être qu'un Propre subrogé maternel, comme lui tenant lieu des héritages qu'il devoit avoir de sa mere, ou acquêt si c'étoit des sommes mobilières qui lui fussent dues comme héritier de sa mere, & en paiement desquelles son pere les lui eût donnés; *nec obstat*, que cet héritage passant du pere au fils, ne sorte point de la famille du pere; car il ne suffit pas pour que cet héritage ait dans la personne du fils la qualité de Propre paternel qu'il lui soit passé immédiatement de son pere sans être sorti de la famille, il faut encore que le fils l'ait *jure familiæ*, c'est-à-dire, à titre de succession paternelle, ou de donation qui soit comme une succession anticipée. Que si un fils avoit un héritage de son pere par la vente que son pere lui en auroit faite, il n'est pas douteux que cet héritage, quelque ancien Propre qu'il fût, quoiqu'en quelque façon il ne sortît point de la famille, seroit néanmoins acquêt en la personne du fils parce que le fils ne l'auroit pas *jure familiæ*, mais comme étranger, au titre qui fait des acquêts. Pareillement, en cette espece, l'héritage qui passe au fils ne doit point être, en la personne du fils, l'héritage paternel, parce qu'il ne l'a point *jure familiæ*, mais acquêt, puisqu'il l'a en paiement des sommes qui lui sont dues de la succession de sa mere, & la donation en paiement étant un acte équipollent à vente, *dare in solutum est vendere*, c'est tout comme s'il avoit cet héritage à titre d'une vente que son pere lui en auroit faite, ou si c'étoit des immeubles qui lui revenoient de la succession maternelle, cet héritage lui étant donné à la place des héritages de la succession maternelle, qui lui étoient Propres mater-

nels, doit être par subrogation un Propre maternel. La question ne laisse pas de souffrir difficulté. Il y en a qui pensent que cet héritage est en la personne du fils héritage paternel, que le pere est censé lui laisser en avancement de succession, non pas de la vente purement & simplement, mais *sub more*, & à la charge que son fils ne lui demandera aucune part en la communauté. Mais je trouve la premiere opinion plus réguliere.

Quid, du cas où deux conjoints auroient mis en communauté tous leurs biens immeubles de part & d'autre, si par le partage entre le pere & l'enfant héritier de sa mere, il écheoit au lot de l'enfant des héritages paternels, conserveront-ils leur qualité d'héritages paternels, *& vice versâ*, si le pere avoit eu en partage des héritages de sa femme, que l'enfant recueillît ensuite de la succession de son pere ces héritages, auroient ils la qualité d'héritages maternels ? Chopin décide pour l'affirmative, lib. 2, tit. 1. *de moribus Parisiensium* n°. 26 ; car, dit-il, *pura & simplex bonorum partitio nequaquàm tollit immutativè nativam rerum qualitatem statumque iis primitùs insitum.* Mais cette raison, quoiqu'exprimée en beau latin, n'est autre chose qu'une pétition de principes; car c'est précisément ce dont il est question. Je ne puis être de l'avis de Chopin, suivi par Renusson. Je me fonde sur les raisons alléguées en la question précédente, qu'il répugne que ce qui me vient à titre d'héritier de ma mere, soit Propre paternel, & que ce qui me vient de la succession de mon pere, soit propre maternel. Cet héritage paternel qui tombe dans mon lot, est censé avoir été acquis par ma mere par le titre de la communauté de biens établie par son contrat de mariage, & m'étant transmis par sa succession, est un Propre naissant maternel en ma personne, & les héritages de ma mere ayant passé par le partage de la communauté à mon pere, sont sortis de la famille de ma mere, & ont perdu leur qualité de biens maternels ; & lorsqu'ils me sont transmis par la succession de mon pere, ils me sont Propres naissans paternels.

Si l'office qui m'étoit Propre est supprimé par un Edit, & que par ce même Edit le Roi en crée d'autre qu'il donne, par forme d'indemnité, à ceux dont les offices sont supprimés, ce nouvel office aura, par sa subrogation, la qualité de Propre qu'avoit l'office supprimé, & cette qualité de Propre qu'avoit mon office, dans le dernier instant qu'il a cessé d'exister, a pu passer au nouvel office qui, dans le même instant, m'a été donné pour m'en tenir lieu.

Il en seroit autrement si mon office ayant été supprimé purement & simplement, à la charge de pourvoir par la suite à l'indemnité des particuliers, le Roi, *ex intervallo*, en créoit d'autres & qu'il m'en donnât un pour mon indemnité, il ne pourra plus, en ce cas, y avoir lieu à la subrogation ; car la qualité de Propre qu'avoit mon office ayant péri avec lui, elle ne peut plus passer à un autre. Le nouvel office ne me tient pas lieu immédiatement de l'autre, qui m'étoit Propre, puisqu'il s'est passé un intervalle depuis qu'il a cessé d'exister. Il me tient lieu seulement de l'indemnité qui m'étoit due.

SECTION III.

Des Propres fictifs établis par les Articles 94 de la Coutume de Paris, & 351 de celle d'Orléans.

LES articles 94 de la Coutume de Paris & 351 de celle d'Orléans, ont établi une espece de Propres fictifs, en décidant que les deniers provenans du rachat des rentes Propres des mineurs remboursées durant leur minorité, ou l'emploi de ces deniers, auroient même nature de Propre dans la succession desdits mineurs qui décéderoient en minorité, que celle qu'avoient lesdites rentes. Voici les termes de la Coutume de Paris : *Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées: Toutefois, au cas que celles qui appartiennent aux mineurs soient rachetées pendant leur minorité, les deniers de rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages sont censés de même nature & qualité d'immeubles qu'étoient les rentes ainsi rachetées pour retourner aux parens du côté & ligne dont les rentes étoient procédées.* La Coutume d'Orléans ajoute : *& le semblable aura lieu* pour deniers procédans de la vente d'héritages des mineurs. Cette disposition qui a été ajoutée aux Coutumes de Paris & d'Orléans lors de leur réformation, a été prise de la Jurisprudence des Arrêts, & par conséquent forme un droit commun dans tout le pays coutumier.

Le motif de cette disposition a été de conserver les biens des familles contre les fraudes des tuteurs qui pourroient procurer le rachat des rentes des mineurs qui seroient Propres d'une autre ligne que de la leur, pour en frustrer les parens de cette autre ligne dans la succession du mineur, au cas qu'il vînt à décéder.

§. I.

De la nature des Propres fictifs établis par l'Article 94 de la Coutume de Paris.

Les Propres fictifs établis par l'article 94 de la Coutume de Paris, sont une espece de Propres de subrogation; mais cette subrogation est bien différente de la subrogation parfaite dont nous avons parlé ci-dessus.

1°. La subrogation parfaite ne donne la qualité de Propres qu'aux choses qui en sont susceptibles; celle-ci donne cette qualité à des choses mobilières, telles que sont les deniers provenus du rachat des rentes des mineurs.

2°. La subrogation parfaite ne transfere la qualité de Propre qu'à l'immeuble que nous avons immédiatement pour & au lieu de notre immeuble Propre : celle-ci donne cette qualité aux choses que le mineur n'a que médiatement à la place de la rente Propre qui lui a été remboursée.

3°. La qualité de Propre que donne la subrogation parfaite a tous les mêmes effets qu'ont les véritables Propres & la même durée. Au contraire, la qualité de Propre que donne l'article 94 de la Coutume de Paris, n'a d'effet que pour le seul cas de cet article, & s'éteint à la majorité, ainsi que nous le verrons par la suite.

§. II.

Quelles choses sont Propres par la disposition de l'Article 94 de la Coutume de Paris.

Non-seulement les deniers qui proviennent du rachat de la rente Propre du mineur sont censés Propres dans sa succession lorsqu'ils sont encore existans, le remploi qui en a été fait en autres héritages ou rentes, c'est-à-dire, les héritages, ou rentes qui auroient été acquises de ses deniers ont la même qualité. C'est ce qui est porté en termes exprès par la disposition de l'article ci-dessus rapporté.

Est-il nécessaire pour cela qu'il ait été fait déclaration par le contrat d'acquisition dudit héritage ou rente, que le prix provient des deniers du rachat de la rente propre, qui a été remboursée au mineur ? Il est évident que cela n'est pas nécessaire ; autrement il ne tiendroit qu'au tuteur, en ne faisant point de déclaration, d'empêcher cette subrogation de Propre ordonnée par la Coutume, & par ce moyen, la disposition de la Coutume faite principalement pour empêcher les fraudes des tuteurs, deviendroit illusoire. C'est pourquoi dans ce cas, quoiqu'il n'ait été fait aucune déclaration, les héritiers aux Propres du mineur auront droit de prétendre dans les acquêts de la succession du mineur, faits depuis ledit rachat, le montant de la somme dudit rachat, pour tenir lieu de l'emploi des deniers.

Je ne crois pas néanmoins qu'il soit indifférent de faire ou de ne pas faire, lors de la premiere acquisition qui se fera depuis le rachat, une déclaration que cette acquisition est faite des deniers dudit rachat. Lorsque cette déclaration est faite, je pense que c'est cet héritage déterminément qui est subrogé à la rente propre qui a été rachetée, en telle sorte que l'héritier aux Propres ne peut pas prétendre autre chose pour le remploi de ladite rente propre, & qu'il le prend pour le prix qu'il a été acquis, soit que depuis il ait augmenté ou diminué, & s'il est entiérement péri, c'est pour le compte de l'héritier aux Propres, qui n'a point en ce cas de remploi à prétendre dans la succession du mineur.

Que si au contraire il n'a été fait aucune déclaration, lors des acquisitions qui ont été faites depuis le rachat ; en ce cas, je pense que le remploi

accordé par la Coutume à l'héritier aux Propres n'est déterminément d'aucun corps d'héritages, mais consiste seulement dans le droit de prendre la somme à laquelle monte le rachat. Les acquêts faits depuis ledit rachat, qui se trouveroient dans la succession du mineur, seront délivrés à l'héritier aux Propres en paiement du rachat qui lui appartient, eu égard à leur valeur au tems du partage, & non point au prix pour lequel ils auroient acquis, parce que c'est la somme plutôt que le corps d'héritage, qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi. D'où il suit pareillement que si quelqu'un desdits acquêts est péri, cette perte ne tombera point sur cet héritier aux Propres, pourvu qu'il en reste assez d'autres pour le remplir de la somme qu'il a droit de prétendre pour ledit remploi.

Cela doit surtout avoir lieu dans le cas où, lors de la premiere acquisition qui a été faite depuis le rachat de la rente, le tuteur auroit eu d'autre fonds du mineur à employer, qui auroient pu servir à faire ladite acquisition sans les deniers de rachat. Il est évident en ce cas que le remploi de ses deniers ne peut être déterminé précisément à l'héritage qui a été acquis le premier depuis le remploi, puisqu'il est incertain si c'est des deniers dudit rachat, ou des autres fonds du mineur qu'il a été acquis.

Dans le cas où il ne paroîtroit pas que lors de la premiere acquisition faite depuis le rachat de la rente propre, il y eût eu d'autres fonds à employer que les deniers dudit rachat, qui eussent pu servir à ladite acquisition sans les deniers dudit rachat; il y auroit plus de fondement à soutenir que le remploi desdits deniers devroit consister déterminément dans cet héritage premier acquis, encore qu'il n'y eût point de déclaration faite. Néanmoins, même en ce cas, je pencherois à décider que le remploi des deniers du rachat n'est point fait faute de déclaration déterminée à aucun corps d'héritage. Cette décision, en établissant une regle uniforme, prévient des procès auxquels pourroient donner lieu les questions de fait, s'il y avoit ou non, lors de la premiere acquisition, d'autres fonds qui aient pu servir à la faire, que ceux du rachat de la rente.

L'héritier aux Propres aura-t-il le choix des meilleurs acquêts, pour le remploi qui lui est dû du rachat de la rente propre? Je ne pense pas qu'il doive avoir ce choix. Je pense plutôt que le commissaire au partage doit, entre les différens acquêts, lui délivrer plutôt ceux faits dans le tems le plus voisin du rachat, que ceux faits dans le tems le plus éloigné, parce qu'encore que son remploi ne soit déterminé à aucun, il est plus naturel de choisir ceux qui le plus vraisemblablement sont provenus des deniers de son Propre. S'ils ont été faits à peu près dans le même tems, je crois qu'on le doit payer en acquêts, qui ne sont ni les meilleurs ni les plus mauvais.

Quid, si le tuteur n'a fait aucun emploi des deniers provenus du rachat de la rente propre, mais les a dissipés? en ce cas, l'action qu'a le mineur contre son tuteur pour s'en faire faire raison, lui tenant lieu de ses deniers, c'est cette créance du mineur contre le tuteur, qui, dans sa succession, doit être prise par l'héritier aux Propres pour le remploi de ladite rente.

Quid, si les deniers du rachat ont été employés à acquitter les dettes du mineur ? En ce cas, la libération de ces dettes tenant lieu de remploi, l'héritier aux Propres fera confusion sur lui de la part qu'il auroit portée desdites dettes, si elles se fussent trouvées extantes lors du décès du mineur, & il se fera payer du surplus par les héritiers des autres biens, qui se trouvent d'autant plus libérés par les deniers provenus du rachat de la rente propre.

Que si c'étoit à l'acquittement d'une rente fonciere, ou à la libération d'une charge réelle, comme d'un droit de servitude, que les deniers provenus du rachat de la rente propre eussent servi, en ce cas, n'y ayant que les héritiers du patrimoine dont est l'héritage qui étoient chargés de cette rente fonciere, ou charge réelle, qui profitent de cette libération, ils seront tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédoit l'héritage vendu, ou la rente qui a été amortie, dont les deniers du rachat ont procuré cette libération. Et si la rente fonciere, ou charge réelle, étoit à prendre sur des héritages de la même ligne, d'où procédoit la rente remboursée, en ce cas, l'héritier aux Propres du côté & ligne, qui profite seul de l'emploi fait des deniers du rachat de cette rente, n'auroit aucun remploi à faire.

Les profits & droits de centieme denier, dûs pour les héritages d'une succession échue au mineur, sont bien des charges réelles de ces héritages ; mais comme ils sont principalement une dette personnelle du mineur, qui contracte cette dette en acceptant la succession, & que s'ils se trouvoient encore dûs au décès du mineur, tous ses héritiers en seroient tenus, il s'ensuit que si les deniers du rachat de la rente propre ont servi à les acquitter, le remploi de ces deniers dûs à l'héritier de la ligne d'où procede cette rente, doit être à la charge de tous les héritiers, de la même maniere que nous l'avons dit ci-dessus.

Si les deniers de la rente propre ont servi à libérer l'hypotheque de l'héritage du mineur, hypothéqué à la dette d'un tiers, dont le mineur n'étoit point lui-même personnellement tenu ; en ce cas, l'action de recours que le mineur a acquise par ce paiement contre les vrais débiteurs de cette dette, tient lieu d'emploi des deniers du rachat de cette rente, & doit être dans la succession déférée à l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente comme y étant subrogée. Que, si les débiteurs sont insolvables, en ce cas, on doit faire consister le remploi des deniers du rachat, non dans l'action de recours qu'a le mineur contre ses débiteurs, qui, au moyen de leur insolvabilité, (n'a rien de réel qui résulte de la libération de l'héritage ; mais dans l'hypotheque que ces deniers ont procurée, qui est quelque chose de réel, & qui est de même prix que la somme qui a été employée, le bénéfice de cette libération ne se trouvant que par-devers les héritiers du patrimoine dont est cet héritage libéré, ils doivent être seuls tenus du remploi envers l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente, dont les deniers du rachat ont servi à libérer leur héritage.

Au reste, l'héritier du patrimoine dont l'héritage libéré fait partie, n'est tenu du remploi du rachat de la rente propre, que subsidiairement, & à

défaut

défaut de ce qu'on pourroit retirer de l'action de recours ; qui, ayant été acquise véritablement des deniers de cette rente, doit, jusqu'à concurrence de ce qu'on en peut retirer, tenir lieu de l'emploi du rachat de la rente propre. La libération de l'hypotheque de cette dette ne contient aussi un avantage au profit de l'héritier du patrimoine dont est l'héritage libéré, qu'à proportion de ce dont le débiteur est insolvable ; car l'avantage de la libération de l'hypotheque de cette dette doit se mesurer sur le préjudice qu'auroit causé cette hypotheque à l'héritier qui auroit succédé au mineur à cet héritage, s'il n'eût pas été libéré. Or, cette hypotheque ne lui auroit causé aucun préjudice, jusqu'à concurrence des sommes qu'il auroit pu recouvrer du débiteur par la cession d'action qu'il se seroit fait faire en libérant lui-même son héritage, s'il ne l'eût pas déjà été. L'hypotheque, dont l'héritage étoit chargé, ne pouvant donc faire de préjudice que pour raison & jusques à concurrence de la somme qui n'auroit pu être recouvrée du débiteur ; il s'ensuit que la libération de cette hypotheque n'est un avantage que jusqu'à cette concurrence : d'où il suit que l'héritage libéré ne doit être chargé du remploi des deniers du rachat de la rente propre qui ont servi à sa libération que jusques à concurrence, & que le remploi doit se prendre pour le surplus sur l'action de recours que le mineur a acquise contre les débiteurs de la rente acquittée, à laquelle l'héritage étoit hypothéqué.

Si les deniers du rachat de la rente propre avoient servi à faire les réparations d'un héritage du mineur, l'amélioration dudit héritage étant l'emploi des deniers, ce seroit sur cet héritage que l'héritier de la ligne d'où procédoit la rente, devroit prendre le remploi desdits deniers du rachat. Par conséquent ce seroit l'héritier du patrimoine d'où est cet héritage, qui seroit seul tenu dudit remploi ; & si cet héritage étoit de la même ligne que la rente rachetée, il n'y auroit point de remploi à prétendre.

Néanmoins, s'il paroissoit que le tuteur du mineur, héritier présomptif de ses meubles & acquêts, eût fait l'emploi de ce rachat aux réparations des Propres d'une autre ligne que la sienne, à dessein de jetter sur cette autre ligne le remploi desdits deniers, pendant que lesdites réparations, au lieu d'être faites de ses deniers, auroient pu être faites des revenus desdits héritages, ou même des deniers du prix du mobilier du mineur que ce tuteur avoit entre ses mains, & qui naturellement devoient servir auxdites réparations ; je pense qu'en ce cas, le décès du mineur venant à arriver, l'héritier aux Propres pourroit être fondé à prétendre que nonobstant l'emploi fait par le tuteur, le remploi des deniers de rachat de la rente propre fût pris sur la succession des meubles & acquêts du mineur, & non sur l'héritage propre qui en auroit été réparé.

S'il n'avoit été fait aucune déclaration de l'emploi des deniers du rachat de la rente propre, que depuis ce rachat, il eût été fait plusieurs acquisitions d'héritages ou de rentes par le mineur, & qu'il eût été fait aussi des amortissemens de rentes constituées ou foncieres par le mineur ; en ce cas, la succession des Propres du mineur doit-elle contribuer pour ce

qu'elle profite desdits amortissemens avec la succession aux acquêts dudit mineur, au remploi des deniers dudit rachat? Je le pense ainsi; car étant incertain, faute de déclaration, si ce sont les acquêts plutôt que les amortissemens, ou les amortissemens plutôt que les acquêts, qui aient été l'emploi des deniers dudit rachat, il est raisonnable de les prendre proportionnellement sur l'un & l'autre de ces deux objets.

Ce que la Coutume de Paris a décidé pour le prix du rachat des rentes propres du mineur, doit-il s'étendre au prix des héritages & autres immeubles Propres? On peut dire pour la négative que ce droit établi par l'art. 94 de la Coutume de Paris, étant un droit singulier, ne doit point être étendu, que cet article a été fait pour empêcher les fraudes qu'il seroit facile de commettre à l'égard des rentes dont on peut faciliter le remboursement pour engager à le faire; que n'y ayant pas lieu de craindre pareilles fraudes à l'égard des héritages des mineurs, qui ne peuvent se vendre que pour de justes causes, la raison qui a fait décider que le prix du rachat des rentes seroit conservé à la ligne d'où elles procedent, ne se rencontre point à l'égard des héritages, & qu'ainsi on ne doit point étendre aux héritages, ce qui n'est ordonné que pour les rentes.

Nonobstant ces raisons, il n'est pas douteux que ce que la Coutume a décidé pour les rentes, a pareillement lieu pour les héritages, & autres immeubles des mineurs.

La Coutume d'Orléans s'en explique formellement à la fin de l'art. 351, qui est tiré mot à mot de celui de la Coutume de Paris, & comme les Commissaires qui ont réformé notre Coutume & y ont inséré cet article, sont les mêmes que ceux qui, quatre ans auparavant, avoient réformé celle de Paris, il y a lieu de penser que ce qu'ils ont ajouté à la fin de notre article, qui est le même mot à mot, que celui de Paris, doit également servir d'explication aux deux Coutumes dont la disposition est la même.

Le retour en deniers qu'a reçu le mineur par le partage d'une succession immobilière, ce qu'il a touché du prix de la licitation d'un héritage adjugé à son cohéritier, étant le prix du droit que le mineur avoit dans la succession immobilière, & par conséquent le prix d'un Propre, doit aux termes de nos Coutumes être réputé Propre de même nature qu'auroient été les immeubles de cette succession dans celle de ce mineur, s'il décede mineur.

Que si le mineur, par le partage des meubles & immeubles d'une succession, a eu sa part en meubles de ladite succession, ces meubles, jusques à concurrence de la part qu'il auroit dû avoir dans les immeubles de cette succession, doivent-ils être regardés comme le prix de ces immeubles, & par conséquent comme Propres? Non, car suivant l'effet rétroactif qu'on donne aux partages, il n'est pas censé avoir jamais succédé à autre chose qu'aux meubles qui sont tombés dans son lot. Ils ne lui tiennent donc pas lieu d'autre chose dans l'espece présente, quoique par le même effet rétroactif du partage, le cohéritier du mineur soit censé de même avoir immédiatement succédé à tout l'immeuble qui lui est avenu par la licitation, à la charge du retour envers le mineur, en telle sorte que le

mineur soit censé n'avoir jamais eu part dans ces immeubles. Néanmoins, comme ce retour est par sa nature le prix d'un droit à une succession immobilière, & par conséquent d'un Propre, il se trouve compris dans la disposition de nos Coutumes.

Nos Coutumes doivent-elles s'étendre aux Propres conventionnels des mineurs, dont il sera parlé en la Section suivante? Par exemple, un mineur, comme héritier de sa mere, est créancier de son pere de 10000 liv. que sa mere avoit stipulé Propres à ceux de son côté & ligne. Cette créance est un Propre maternel conventionnel, qui auroit appartenu dans la succession de ce mineur aux parens de la ligne maternelle. Le pere a rendu compte à son fils mineur, & lui a payé cette somme de 10000 liv. qu'il lui devoit. Cette somme provenant du paiement de cette créance, sera-t-elle réputée dans la succession du mineur decédé depuis en minorité, Propre maternel, ainsi que l'auroit été cette créance si elle n'eût point été acquittée? La Jurisprudence a décidé cette question pour l'affirmative. La raison en est que *tantùm fictio debet operari in casu ficto, quantùm veritas in casu vero*, & que par conséquent les deniers provenus des Propres fictifs reçus par le mineur durant sa minorité, ne doivent pas moins conserver la qualité de Propres que ceux provenus des Propres réels. Autrement le survivant seroit toujours le maître d'éluder l'effet des réserves de Propres, en faisant ou faisant faire à ses enfans des paiemens simulés de ses reprises qui ne lui coûteroient guères à faire, puisqu'étant tuteur, les deniers retournent en ses mains.

Les deniers provenus du prix des Propres des interdits, conservent-ils leur qualité de Propres dans la succession de l'interdit décédé durant son interdiction, comme il est décidé à l'égard de ceux provenus du prix des Propres du mineur? Les Auteurs sont partagés sur cette question. Renusson & Duplessis tiennent l'affirmative, & elle a été différemment jugée par Arrêt. On peut dire pour l'affirmative, que la même raison sur laquelle est fondée la disposition de nos Coutumes pour les deniers du prix des Propres des mineurs milite également à l'égard des interdits; qu'ainsi, *ubì eadem ratio, idem jus statuendum est.* Cependant il paroît que la derniere Jurisprudence est pour la négative. On cite un Arrêt qui l'a jugé ainsi contre la dame d'Argouges au mois de Mars 1699. On l'avoit jugé de même en 1696 par un Arrêt rapporté par Lemaître; mais en 1609 & en 1690, on avoit jugé pour l'affirmative.

La raison qu'on peut apporter pour la négative, est que cette disposition de la Coutume renferme une attention particuliere qu'elle a eue à l'intérêt des mineurs, suivant que nous l'avons expliqué au commencement de cette Section: quoique les interdits soient très-dignes de la protection des loix, & qu'ils jouissent de plusieurs avantages accordés aux mineurs; néanmoins on ne peut pas douter que les mineurs qui sont l'espérance d'un Etat, ne méritent encore une plus grande faveur que les interdits: c'est pourquoi, on ne peut pas tirer en argument pour les interdits, tout ce que les loix ont établi en faveur des mineurs.

§. III.

Quel effet ont les Propres fictifs.

La Coutume dit, que les deniers du rachat sont censés de même nature & qualité d'immeubles qu'étoient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parens du côté & ligne dont lesdites rentes étoient procédées.

Elle fait suffisamment entendre que le cas qu'elle a eu en vue, en établissant cette fiction, & en transférant aux deniers du rachat la qualité qu'auroient les rentes, a été la succession du mineur, & qu'elle a voulu conserver dans cette succession aux parens du côté & ligne qui auroient succédé à la rente, les deniers qui en sont provenus. Le cas de la fiction établie par la Coutume, étant donc le cas de la succession du mineur, ainsi qu'elle s'en exprime directement, & étant de principe que les fictions ne doivent avoir d'effet que pour les cas pour lesquels elles sont faites, il s'ensuit que les deniers provenus du rachat des rentes propres des mineurs ne doivent avoir la nature & qualité fictives de Propres, que la Coutume leur donne, que pour le cas de la succession du mineur, pour y faire succéder les parens de la ligne d'où procédoit la rente.

Ces deniers, ou le remploi d'iceux, ne doivent donc point avoir tous les effets de véritables Propres : d'où il suit 1°. Que si l'héritier aux Propres, qui, dans la succession, succede à ces deniers comme à des Propres, est marié, ces deniers ne laisseront pas de tomber comme quelque chose de mobilier en la communauté conjugale, qui est entre cet héritier & sa femme ; car ces deniers ne sont réputés Propres qu'à l'effet qu'il y succede. Dès l'instant qu'il y a succédé, on ne doit plus considérer en eux que leur vraie nature de meubles, & comme tels, ils doivent tomber en communauté.

De-là il suit, 2°. Que si le mineur lui-même, qui auroit dans son coffre les deniers provenus de ce rachat, venoit à se marier sans les stipuler Propres, ils tomberoient en la communauté qu'il contracteroit avec sa femme comme un pur mobilier.

Ceci fait naître une question : Si le mineur, qui fait entrer en sa communauté conjugale les deniers du rachat de sa rente propre, vient ensuite à décéder en minorité, les héritiers de la ligne d'où procédoit la rente auront-ils à prendre dans sa succession le total du prix de ce rachat, ou seulement la moitié ? Il semble d'abord qu'ils ne peuvent en prétendre que la moitié, parce que la femme du mineur en ayant acquis par la communauté conjugale la moitié, il ne reste plus que l'autre moitié dans la succession du mineur.

Néanmoins il y a lieu de décider que les héritiers du mineur sont en droit de prétendre le total du rachat dans la succession du mineur. La raison en est que la communauté n'est pas un titre gratuit. Si la femme

du mineur a acquis la moitié des deniers du rachat du mineur, le mineur a acquis à la place la moitié de ce que la femme a apporté, ou fait entrer par ses soins en la communauté, ce qui lui tient lieu d'emploi, lequel, aux termes des Coutumes, est aussi bien propre que les deniers mêmes. C'est pourquoi, quoique la moitié des deniers du rachat que la femme du mineur a acquis, ne se trouve plus dans la succession du mineur, se trouvant à la place autre chose qui tient lieu de l'emploi, le total du prix du rachat est censé y être, & peut être prétendu par l'héritier de la ligne d'où l'héritage procédoit.

Du principe que nous avons établi que la qualité de Propres fictifs que la Coutume donne aux deniers du rachat, n'a d'effet que pour la succession du mineur, il s'ensuit qu'il n'en doit point avoir pour le droit de disposer, & que le mineur, parvenu à l'âge de tester, pourra disposer par testament de ce Propre fictif. Il suit encore que les deniers du rachat de cette rente étant saisis par les créanciers du mineur, se distribueront comme un pur mobilier.

Il suit encore que l'héritage acquis de ces deniers, ne sera point sujet au retrait lignager s'il est vendu par le mineur.

§. IV.

Quand s'éteignent les Propres fictifs?

Les Propres fictifs s'éteignent de deux manieres. 1°. Par la consommation de la fiction, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu son effet, & que les parens de la ligne d'où procédoit la rente remboursée, ou l'héritage aliéné, ont succédé au Propre fictif du mineur.

Que si le parent a succédé à un immeuble acquêt du mineur qui tenoit lieu d'emploi des deniers du rachat de la rente, cet immeuble sera sans doute Propre en la personne de l'héritier du mineur, puisque c'est un immeuble qu'il a eu à titre de succession, mais sera-ce un Propre naissant qui ne montera pas plus haut que la personne du mineur qui l'a acquis? Ou sera-ce un Propre de la même ligne d'où étoit la rente dont il tient lieu d'emploi? Il semble qu'il doit être un Propre naissant en la personne de cet héritier dont l'origine ne remonte pas plus haut que la personne du mineur de la succession duquel il l'a eu; car cet héritage est effectivement un acquêt de ce mineur: c'est lui qui l'a mis dans la famille; il n'y a pas été auparavant lui. Si la Coutume le réputoit Propre ancien, de la même ligne dont étoit la rente rachetée qu'il a remplacée, c'étoit par une fiction qui n'est établie que pour la succession de ce mineur, qui ne doit par conséquent avoir d'effet que pour cette succession, & qui ayant eu son effet, cesse & doit faire place à la vérité.

D'un autre côté, on dit qu'un Propre n'est autre chose qu'un immeuble échu *jure familiæ*, & par conséquent le Propre d'une telle ligne est celui qui nous est échu *jure talis familiæ*. Par exemple, *jure familiæ*

avi paterni, ou bien *proaviæ maternæ*. Or, il eſt vrai, & il n'eſt pas néceſſaire de donner pour cela un nouvel effet à la fiction que l'héritier du mineur tient cet héritage *jure familiæ*, d'où procédoit la rente rachetée, & par conſéquent il doit être en ſa perſonne un Propre de cette ligne.

La réponſe eſt que ce principe eſt faux. Ce qui conſtitue la nature du Propre avitin, du Propre ancien, eſt ſon origine. Un héritage eſt Propre de la ligne de mon bis-aïeul paternel, non pas parce que j'y ai ſuccédé *jure talis familiæ*, *jure familiæ proavi paterni*; mais parce qu'il me vient originairement de mon aïeul paternel par une ſuite de ſucceſſions non interrompues. C'eſt pourquoi dans l'eſpece préſente, quoique j'aie ſuccédé au mineur à l'héritage dont il eſt queſtion, *jure talis familiæ*, *putà*, *jure familiæ proavi paterni*, parce que par une fiction établie pour la ſucceſſion de ce mineur, cet héritage étoit repréſentatif d'une rente qui venoit originairement de mon bis-aïeul paternel; il n'étoit point ſubrogé à la rente qui en venoit par une fiction dont l'effet fût perpétuel, tel que celui dont nous avons traité Section précédente, mais il ne l'étoit que pour la ſucceſſion de ce mineur; il s'enſuit que cet héritage n'eſt point en ma perſonne un Propre avitin, mais un ſimple Propre naiſſant.

Si l'héritier qui a ſuccédé au mineur aux deniers repréſentatifs de la rente propre rachetée, a été lui-même mineur, & décede par la ſuite en minorité, la fiction continuera-t-elle à avoir lieu en ſa ſucceſſion ? Lalande ſur notre Coutume, & Brodeau ſur celle de Paris, tiennent la négative. Les raiſons de leur ſentiment ſe préſentent d'abord. C'eſt pour la ſucceſſion du mineur, dont la rente qui a été rachetée étoit le Propre, que la Coutume a établi ſa fiction. Elle eſt conſommée auſſitôt qu'on a ſuccédé à ce mineur, & ne doit donc plus avoir d'effet, *fictio ſemel jungitur*. Ces deniers, dans la perſonne de l'héritier qui a ſuccédé au mineur, ne ſont point à ſon reſpect le prix d'aucun immeuble, d'aucun Propre qu'il ait eu, puiſqu'il ne ſuccede effectivement qu'à des deniers; & par conſéquent, quoique cet héritier ſoit lui-même mineur, & décédé mineur, il ſemble que dans ſa ſucceſſion ils ne peuvent plus être réputés Propres. Néanmoins il paroît que le ſentiment contraire a prévalu, & que la fiction ſe perpétue, lorſque l'héritier qui a ſuccédé au mineur aux Propres fictifs, eſt lui-même mineur, & décédé mineur. La raiſon en eſt qu'autrement l'intention de la Loi ſeroit ſouvent éludée, quand par exemple il y a pluſieurs freres mineurs qui ſe ſuccedent les uns aux autres.

2°. Les Propres fictifs dont il eſt ici queſtion, s'éteignent par la majorité du mineur, quoique la fiction n'ait point eu ſon effet, & on ne doit point faire à cet égard de diſtinction entre les deniers provenus du rachat de la rente & les immeubles acquis de ces deniers.

Lalande d'après Brodeau prétend que, quoique le mineur ſoit parvenu à la majorité, néanmoins le Propre fictif doit durer au reſpect du tuteur, ſi le mineur devenu majeur décede avant que ſon tuteur lui ait rendu compte; mais ce ſentiment, que Lalande a emprunté de Brodeau, n'eſt fondé ſur aucune raiſon ſuffiſante, & n'a point été ſuivi.

§. V.

Si la Subrogation établie par l'article 94 de la Coutume de Paris, & l'article 351 de celle d'Orléans, s'étend à autre chose qu'à la qualité de Propre ?

L'esprit général du Droit coutumier est de conserver les biens dans les familles. C'est conformément à cet esprit, pour conserver contre les fraudes des tuteurs, le bien des différentes familles dans la succession des mineurs qu'elle a voulu que les deniers du rachat des rentes des mineurs fussent censés de même nature & qualité qu'étoient les rentes. Elle exprime l'intention qu'elle a eue ; car elle ajoute, *pour retourner aux parens du côté & ligne dont les rentes étoient procédées*. Elle fait assez connoître par ces termes, que ce qu'elle s'est proposé par cette disposition, est que le bien d'une ligne du mineur ne passe point à une autre ligne, & que le bien de chaque famille lui soit conservé.

De-là naissent plusieurs questions. On demande si les deniers du prix de l'héritage féodal du mineur aliéné durant sa minorité, ou d'une rente inféodée rachetée durant sa minorité, doivent dans sa succession être censés non-seulement Propres de la même ligne d'où procédoit l'héritage ou la rente, mais aussi bien nobles que l'étoit l'héritage ou la rente, en telle sorte que les mâles doivent succéder à ces deniers à l'exclusion des filles, comme ils auroient succédé à l'héritage ou à la rente. On peut dire pour l'affirmative que la Coutume a voulu conserver la succession des biens des mineurs aux personnes qui doivent y succéder, & prévenir les fraudes des tuteurs ; que la fraude que commettroit un tuteur qui seroit, par exemple, le beau-frere d'un mineur en procurant le rachat d'une rente inféodée du mineur, parce que la succession présomptive des biens nobles de ce mineur regardoit les freres de ce mineur, à l'exclusion de la femme du tuteur, sœur du mineur, n'étoit pas une moindre fraude que celle d'un tuteur qui procureroit le rachat des rentes d'une autre famille que la sienne ; qu'on doit croire que la Loi a eu également intention de prévenir l'une & l'autre, & que par conséquent la succession des deniers provenus du prix de l'héritage, ou de la rente noble, doit être déférée, non-seulement aux seuls parens de la ligne dont l'héritage ou la rente procedoit, mais aux seules personnes qui auroient succédé à l'héritage ou à la rente, c'est-à-dire, aux seuls mâles à l'exclusion des filles. On peut ajouter que si la Coutume n'eût voulu faire passer aux deniers du rachat que la seule qualité de Propres, elle ne se seroit pas servi de termes généraux & indéfinis, tels que ceux dont elle s'est servie ; mais elle auroit dit déterminément, *sont réputés Propres*. Ces termes généraux, *de même nature & qualité*, comprennent non-seulement la qualité des Propres, mais toutes les autres qualités qui peuvent se considérer dans les successions, comme de biens nobles, de biens roturiers, & les deux termes dont la Coutume s'est servie, *de nature*

& qualité, paroiffent indiquer deux différentes chofes, l'une la qualité de Propre, & l'autre de bien noble ou roturier. Pour la négative, on dira que la Coutume exprime par ces termes, *pour retourner aux parens du côté & ligne*, qu'elle a eu en vue de conferver l'intérêt de chaque ligne, de chaque famille, dans la fucceffion du mineur, & non pas l'intérêt de chaque perfonne; que pour cela elle a voulu que la même nature d'immeuble, & la même qualité de Propre de ligne qu'avoit la rente qui a été rachetée, & qui en affectoit la fucceffion à une certaine famille, pafsât aux deniers du rachat, & en affectât la fucceffion à la même famille; que les termes, *de même nature & qualité*, ne font point des termes généraux & indéterminés, qui comprennent la qualité de biens nobles ou roturiers, auffi-bien que celle de Propres de ligne, puifqu'ils font limités & déterminés par ces autres termes, *pour retourner aux parens du côté & ligne*, qui fuivent immédiatement ceux-ci, *de même nature & qualité*, & qui font fuffifamment comprendre que la Coutume n'entend parler que de la nature d'immeubles, à l'effet d'exclure ces deniers de la fucceffion mobilière, & de la qualité de Propres de la ligne d'où la rente procédoit, à l'effet d'affecter la fucceffion de ces deniers aux parens de cette ligne. Ce dernier fentiment me paroît le plus conforme à l'efprit de la Coutume. On peut appliquer les mêmes raifons de part & d'autre à la queftion du cas inverfe, qui eft de favoir fi l'héritage féodal, qui tient lieu du remploi du prix d'une rente ou autre bien roturier, doit être dans la fucceffion de ce mineur déféré aux mâles, fuivant la nature du bien féodal, ou partagé entre les mâles & les filles, comme l'auroit été la rente dont il tient lieu d'emploi. Il faut, conformément à la décifion de la queftion précédente, décider qu'il fera déféré aux mâles fuivant la nature du bien féodal.

On demande fi, dans notre Coutume d'Orléans, qui défere la fucceffion de la nue propriété des acquêts immeubles aux freres & fœurs du défunt, préférablement à l'aïeul, les deniers du rachat d'une rente, acquêt du mineur, doivent être cenfés conferver la qualité d'immeubles, pour que les freres & fœurs du défunt fuccedent à la nue propriété defdits deniers, préférablement à l'aïeul qui eft héritier du mobilier. Je ne le penfe pas, par les raifons que nous avons déjà alléguées, que la Coutume qui n'a d'autre objet que d'empêcher que les biens d'une famille paffent à l'autre, n'a entendu parler dans fa difpofition que des rentes propres de ligne; c'eft ce qui réfulte formellement des derniers termes de l'article, *pour retourner aux parens du côté & ligne dont lefdites rentes étoient procédées*. C'eft donc des rentes qui font procédées d'une ligne dont il eft queftion dans cette difpofition, & elle ne doit pas être étendue aux rentes acquêts.

Il nous refte une queftion. Lorfque le mobilier du mineur a fervi à acquitter fes dettes mobilières auxquelles, fuivant la Coutume de Paris, les héritiers du mineur des différentes lignes auroient contribué, fi elles ne fe fuffent pas trouvées acquittées, l'héritier au mobilier du mineur pourroit-il prétendre contre les autres héritiers des autres lignes le remploi de ce mobilier, pour la portion dont ils auroient été tenus des dettes

en ont été acquittées, & dont leur patrimoine s'est trouvé libéré de la même maniere que nous avons dit que cela s'observoit, lorsque les deniers du rachat d'une rente propre auroient servi à acquitter les dettes ? Non, 1°. parce que c'étoit la destination naturelle du mobilier de ce mineur de servir à acquitter ces dettes. 2°. Parce que la Coutume a bien ordonné que le prix des rentes & des héritages de chaque famille qui seroient aliénés ou remboursés, seroit conservé à la famille d'où ils procédoient; mais elle n'a rien ordonné de semblable à l'égard du mobilier, & l'esprit de notre Droit François est de faire peu d'attention au mobilier.

SECTION IV.

Des Propres conventionnels.

Les Propres conventionnels sont ceux qui sont formés par les conventions.

Les conventions qui les forment sont les stipulations qu'on a coutume d'insérer dans les contrats de mariage, qu'une certaine somme de deniers que l'un des futurs conjoints apporte en mariage lui sera Propre.

La clause qu'une certaine somme sera employée en achat d'héritages, équipolle à la stipulation de Propres suivant l'art. 351 de notre Coutume. Il faut observer que ce n'est que par forme d'exemple que notre Coutume parle en cet article d'une somme donnée par pere & mere, & que la décision auroit pareillement lieu dans le cas où un étranger fourniroit la dot sous cette clause, & même dans le cas où une personne, qui se marieroit *de suo*, stipuleroit qu'une certaine somme qui lui appartient seroit employée en achat d'héritages.

La simple destination d'emploi en achat d'héritages, ainsi que la simple stipulation de Propres, lorsqu'on ne donne pas plus d'étendue à cette clause, n'ont d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, & de donner au conjoint & à ses héritiers une action de reprise de cette somme. Mais cette action n'est Propre que de communauté, & elle n'est considérée dans la personne des enfans auxquels elle a passé par la succession du prédécédé des deux conjoints qui avoit fait la stipulation, que comme une somme mobilière à laquelle le survivant leur succede comme leur héritier au mobilier.

Exemple. Si un homme a stipulé qu'une somme de 10000 livres lui seroit Propre, & qu'elle seroit employée en achat d'héritages, & qu'il meurt sans que l'emploi ait été fait, laissant un enfant, lequel meurt ensuite, la mere de cet enfant lui succédera à cette action de reprise qu'il avoit à exercer.

Que si cela étoit stipulé à l'égard des deniers de la femme; qu'il y eût par le contrat de mariage de la femme une destination en achat d'héritages, & qu'elle fût décédée avant que l'emploi en eût été fait, laissant un enfant,

& qualité, paroissent indiquer deux différentes choses, l'une la qualité de Propre, & l'autre de bien noble ou roturier. Pour la négative, on dira que la Coutume exprime par ces termes, *pour retourner aux parens du côté & ligne*, qu'elle a eu en vue de conserver l'intérêt de chaque ligne, de chaque famille, dans la succession du mineur, & non pas l'intérêt de chaque personne; que pour cela elle a voulu que la même nature d'immeuble, & la même qualité de Propre de ligne qu'avoit la rente qui a été rachetée, & qui en affectoit la succession à une certaine famille, passât aux deniers du rachat, & en affectât la succession à la même famille; que les termes, *de même nature & qualité*, ne sont point des termes généraux & indéterminés, qui comprennent la qualité de biens nobles ou roturiers, aussi-bien que celle de Propres de ligne, puisqu'ils sont limités & déterminés par ces autres termes, *pour retourner aux parens du côté & ligne*, qui suivent immédiatement ceux-ci, *de même nature & qualité*, & qui font suffisamment comprendre que la Coutume n'entend parler que de la nature d'immeubles, à l'effet d'exclure ces deniers de la succession mobilière, & de la qualité de Propres de la ligne d'où la rente procédoit, à l'effet d'affecter la succession de ces deniers aux parens de cette ligne. Ce dernier sentiment me paroît le plus conforme à l'esprit de la Coutume. On peut appliquer les mêmes raisons de part & d'autre à la question du cas inverse, qui est de savoir si l'héritage féodal, qui tient lieu du remploi du prix d'une rente ou autre bien roturier, doit être dans la succession de ce mineur déféré aux mâles, suivant la nature du bien féodal, ou partagé entre les mâles & les filles, comme l'auroit été la rente dont il tient lieu d'emploi. Il faut, conformément à la décision de la question précédente, décider qu'il sera déféré aux mâles suivant la nature du bien féodal.

On demande si, dans notre Coutume d'Orléans, qui défere la succession de la nue propriété des acquêts immeubles aux freres & sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul, les deniers du rachat d'une rente, acquêt du mineur, doivent être censés conserver la qualité d'immeubles, pour que les freres & sœurs du défunt succedent à la nue propriété desdits deniers, préférablement à l'aïeul qui est héritier du mobilier. Je ne le pense pas, par les raisons que nous avons déjà alléguées, que la Coutume qui n'a d'autre objet que d'empêcher que les biens d'une famille passent à l'autre, n'a entendu parler dans sa disposition que des rentes propres de ligne; c'est ce qui résulte formellement des derniers termes de l'article, *pour retourner aux parens du côté & ligne dont lesdites rentes étoient procédées*. C'est donc des rentes qui sont procédées d'une ligne dont il est question dans cette disposition, & elle ne doit pas être étendue aux rentes acquêts.

Il nous reste une question. Lorsque le mobilier du mineur a servi à acquitter ses dettes mobilières auxquelles, suivant la Coutume de Paris, les héritiers du mineur des différentes lignes auroient contribué, si elles ne se fussent pas trouvées acquittées, l'héritier au mobilier du mineur pourroit-il prétendre contre les autres héritiers des autres lignes le remploi de ce mobilier, pour la portion dont ils auroient été tenus des dettes

qui

en ont été acquittées, & dont leur patrimoine s'est trouvé libéré de la même maniere que nous avons dit que cela s'observoit, lorsque les deniers du rachat d'une rente propre auroient servi à acquitter les dettes? Non, 1°. parce que c'étoit la destination naturelle du mobilier de ce mineur de servir à acquitter ces dettes. 2°. Parce que la Coutume a bien ordonné que le prix des rentes & des héritages de chaque famille qui seroient aliénés ou remboursés, seroit conservé à la famille d'où ils procédoient; mais elle n'a rien ordonné de semblable à l'égard du mobilier, & l'esprit de notre Droit François est de faire peu d'attention au mobilier.

SECTION IV.

Des Propres conventionnels.

LES Propres conventionnels sont ceux qui sont formés par les conventions.

Les conventions qui les forment sont les stipulations qu'on a coutume d'insérer dans les contrats de mariage, qu'une certaine somme de deniers que l'un des futurs conjoints apporte en mariage lui sera Propre.

La clause qu'une certaine somme sera employée en achat d'héritages, équipolle à la stipulation de Propres suivant l'art. 351 de notre Coutume. Il faut observer que ce n'est que par forme d'exemple que notre Coutume parle en cet article d'une somme donnée par pere & mere, & que la décision auroit pareillement lieu dans le cas où un étranger fourniroit la dot sous cette clause, & même dans le cas où une personne, qui se marieroit *de suo*, stipuleroit qu'une certaine somme qui lui appartient seroit employée en achat d'héritages.

La simple destination d'emploi en achat d'héritages, ainsi que la simple stipulation de Propres, lorsqu'on ne donne pas plus d'étendue à cette clause, n'ont d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, & de donner au conjoint & à ses héritiers une action de reprise de cette somme. Mais cette action n'est Propre que de communauté, & elle n'est considérée dans la personne des enfans auxquels elle a passé par la succession du prédécédé des deux conjoints qui avoit fait la stipulation, que comme une somme mobilière à laquelle le survivant leur succede comme leur héritier au mobilier.

Exemple. Si un homme a stipulé qu'une somme de 10000 livres lui seroit Propre, & qu'elle seroit employée en achat d'héritages, & qu'il meurt sans que l'emploi ait été fait, laissant un enfant, lequel meurt ensuite, la mere de cet enfant lui succédera à cette action de reprise qu'il avoit à exercer.

Que si cela étoit stipulé à l'égard des deniers de la femme; qu'il y eût par le contrat de mariage de la femme une destination en achat d'héritages, & qu'elle fût décédée avant que l'emploi en eût été fait, laissant un enfant,

on a douté si le pere survivant pouvoit succéder à son enfant à l'action de reprise de cette somme. L'ancienne Jurisprudence étoit qu'il ne le pouvoit, parce que, s'il eût fait l'emploi de la somme en un héritage, il n'auroit pas succédé à cet héritage qui seroit devenu un Propre naissant maternel en la personne de l'enfant; il paroissoit que sa négligence à exécuter une des clauses du contrat de mariage, ne devoit pas rendre sa condition meilleure, & lui procurer la succession de cette somme. Mais cette Jurisprudence a changé, & on pense aujourd'hui qu'il peut succéder à cette action de reprise, & que la destination d'emploi n'a d'autre effet que d'exclure la somme de la communauté, & ne forme aucun empêchement de la part du mari.

Il en seroit autrement si le mari s'étoit formellement obligé par le contrat de mariage à en faire l'emploi; car, de l'inexécution de cet engagement contracté par le mari envers la famille de sa femme, il doit résulter des dommages & intérêts, lesquels consistent à donner aux parens maternels dans la succession de l'enfant, la reprise des deniers dont le mari s'étoit obligé de faire l'emploi, pour les dédommager & tenir lieu des héritages auxquels ils auroient succédé, si le mari avoit satisfait à son obligation.

Les stipulations de Propres, & les destinations en achat d'héritages, peuvent recevoir une plus grande étendue par l'addition de ces termes, *aux siens*, ou bien *à ses hoirs*, ou bien *à ses héritiers. Putà*, s'il a été ainsi stipulé, *le surplus des biens des futurs leur sera Propre & aux leurs*, ou bien *ladite somme sera employée en achat d'héritages, qui seront Propres à la future & aux siens.*

L'effet de cette addition est non-seulement d'exclure de la communauté le mobilier ainsi réservé, mais de faire de l'action de reprise de cette somme, en la personne des enfans qui y auront succédé, un Propre fictif auquel lesdits enfans se succéderont les uns aux autres, à l'exclusion de leur pere ou mere survivans.

Au reste ces termes de *siens*, *hoirs* ou *héritiers*, ne comprennent que les enfans. C'est pourquoi ils n'empêchent point le survivant de succéder au dernier mort de ses enfans à cette action de reprise.

Que si on ajoute ces termes, *à ceux de son côté & ligne*, cette stipulation de Propre aura encore une plus grande étendue, & comprendra les parens collatéraux du conjoint qui a fait la stipulation; c'est pourquoi s'il prédécede, le survivant ne succédera pas même au dernier mort de ses enfans à cette action de reprise; ce seront les parens de ses enfans, du côté du prédécédé, qui y succéderont.

Les stipulations des Propres qui se contiennent dans le premier degré, & n'ont d'autre objet que d'exclure de la communauté conjugale la somme réservée Propre, peuvent se faire non-seulement par les contrats de mariage, mais par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testamens; car chacun étant le maître de prescrire telle loi ou telle condition que bon lui semble à sa libéralité, *unusquisque quem voluerit modum liberalitati suæ apponere potest*; il s'ensuit que celui qui donne, soit entre-

vifs, soit par testament, à quelqu'un une somme d'argent, peut valablement stipuler que cette somme sera Propre au donataire, c'est-à-dire, qu'elle n'entrera point dans la communauté conjugale du donataire, pourvu que, si c'est par acte entre-vifs, la stipulation se fasse par l'acte même, ou du moins dans l'instant même de la donation, car le donateur entre-vifs se dessaisissant dans l'instant même de la donation, ne peut plus par la suite prescrire de loi à ce qui n'est plus à lui.

En est-il de même des stipulations de Propres, qui ont plus d'étendue; & qui vont à changer l'ordre des successions; ces stipulations, que la faveur des mariages a fait admettre, peuvent-elles se faire aussi par de simples actes de donations entre-vifs, ou par des testamens? Quelques-uns de nos Auteurs ont pensé que cela se pouvoit, par la raison ci-dessus alléguée, que chacun peut prescrire telles conditions qu'il veut à sa donation; mais le sentiment contraire qu'on m'a assuré prévaloir, est plus régulier. Il est vrai que chacun peut prescrire telles conditions que bon lui semble à ce qu'il donne, mais pourvu que cette condition ne donne point atteinte à l'ordre public, qu'il n'est pas permis aux Particuliers de déranger. Or, les successions sont d'ordre public. Il n'est point donné au pouvoir d'un donateur, ni d'un testateur, d'intervertir l'ordre de la succession de son donataire ou légataire, par rapport à la somme qu'il lui donne, *privatorum enim cautione legum auctoritati non noceri*, comme dit Papinien en la Loi 16, *ff. de suis & legit. hæred.* dans une espece où il est aussi question de l'ordre des successions. Si, contre cette maxime, notre Jurisprudence a admis ces stipulations qui intervertissent l'ordre des successions dans les contrats de mariage, c'est la grande faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage, ce qui les rend susceptibles de toutes sortes de conventions qui les y a fait admettre; mais cela ne se doit point étendre à d'autres actes.

Ces stipulations, qui intervertissent l'ordre des successions, & que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre, sont de droit très-étroit, & ne s'étendent ni d'une personne à une autre, ni d'une chose à une autre, ni d'un cas à un autre.

1°. Elles ne s'étendent pas d'une personne à une autre. Ainsi la stipulation de Propre, qu'une épouse future fait au profit d'elle, des siens, ou de ses héritiers, ne comprend que ses enfans, qui, dans la signification rigoureuse de ces termes, *siens*, *hoirs*, *héritiers*, y sont compris, & ne s'étend point aux collatéraux.

Par la même raison, si un pere, en dotant sa fille, *de suo*, a stipulé que les deniers qu'il lui donnoit seroient Propres à sa fille, aux siens, & à ceux de son côté & ligne, quoiqu'il y ait quelque raison de présumer que le donateur a voulu conserver cette somme à sa famille plutôt qu'à celle de sa femme qui lui est étrangere, & que sur ce fondement, quelques Arrêts aient jugé que l'action de reprise étoit en ce cas affectée aux seuls parens du côté du donateur, néanmoins le sentiment le plus conforme aux principes, & le plus reçu aujourd'hui, est que cette action de reprise est affectée indistinctement à tous les parens de la fille qui a

été ainsi dotée, parce que, suivant le sens rigoureux & grammatical de la clause, ils se trouvent tous indistinctement compris, & que, pour affecter cette action à la seule famille du donateur, il faut autre chose qu'une présomption de sa volonté. Ces affections, qui sont de Droit étroit, devant être faites en termes formels.

2°. Ces stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une autre. C'est pourquoi si j'ai stipulé Propre à ceux de mon côté & ligne, le surplus de mon bien, cela s'entend seulement du bien que j'avois lorsque j'ai été marié, & ne s'étend point à ce qui me seroit avenu depuis par succession, donation, &c.

Cela ne s'étend point non plus aux actions de remploi, résultantes de l'aliénation de mes Propres que j'aurai fait durant mon mariage, parce que ces actions n'étant nées que lors de l'aliénation, elles n'existoient pas encore lors de la stipulation de Propres, qui, dans la signification rigoureuse, ne doit comprendre que le mobilier que j'avois alors.

On peut dire néanmoins en un cas, que les stipulations de Propres que je fais du surplus de mon bien à ceux de mon côté & ligne, doivent comprendre les actions de remploi; c'est dans le cas où le surplus de mon bien n'auroit consisté qu'en héritages ou autres immeubles. Comme la signification ne pourroit avoir d'autre effet, dans le cas où je les aurois conservés, puisqu'indépendemment de la stipulation, par leur nature ils auroient été faits Propres à mes enfans qui y auroient succédé, on en doit conclure que dans la stipulation de Propres, on a eu en vue le cas où ces héritages seroient aliénés, puisqu'elle ne pouvoit avoir d'effet que dans ce cas, & qu'on a voulu faire un Propre fictif de l'action de remploi que produiroit l'aliénation. De ce que les stipulations ne s'étendent pas d'une chose à une autre, il suit pareillement que la stipulation que le mobilier des successions sera Propre, ne s'étend point à ce qui avient par donation ou legs, à moins que ces donations ou legs ne fussent faits par des ascendans; car telles donations sont des successions anticipées. Enfin la clause n'a lieu que pour les successions qui arrivent durant le mariage, & non pas pour celles qui écherroient depuis le mariage aux enfans de celle qui a fait la stipulation.

3°. Ces stipulations ne s'étendent point d'un cas à un autre. Ce qui est stipulé pour le cas de la communauté ne s'étend point à celui des successions, ni le cas de la succession à celui de la disposition. C'est pourquoi un enfant peut léguer à son pere l'action de reprise des deniers dotaux de sa mere, stipulés Propres à ceux de son côté & ligne, quoique cette action soit dans la succession un Propre fictif maternel; parce que la stipulation n'ayant eu pour objet que le cas de la succession, cette action n'est réputée Propre que pour le cas de la succession, & non pour celui de la disposition.

Les Propres fictifs s'éteignent, 1°. Lorsque la fiction a été consommée; si une femme, qui a stipulé Propre à elle & aux siens une somme de 9000 liv. a laissé trois enfans, on demande si dans la succession de celui qui est mort, le second & le troisieme enfant qui est resté peut pré-

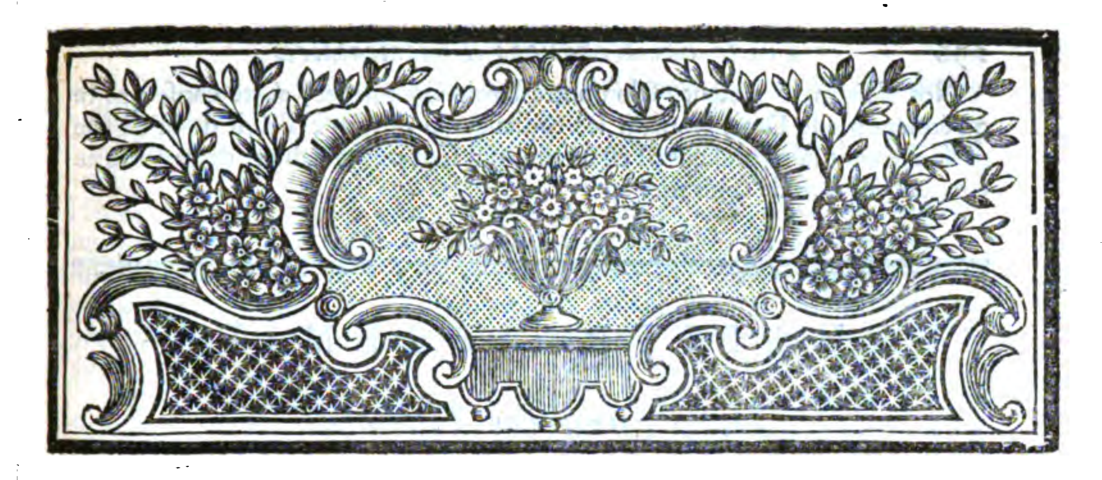
tendre à l'exclusion de son pere, non-seulement le tiers que cet enfant avoit de son chef en cette reprise, mais encore les 1500 liv. qui appartenoient à ce dernier, comme héritier du premier décédé. La raison de douter est que la fiction avoit déjà eu son effet pour les 1500 liv. dans la succession du premier décédé; mais il faut néanmoins décider que le dernier survivant doit, à l'exclusion de son pere, succéder à ces 1500 liv. parce que, quoique la fiction ait déjà eu son effet à l'égard des 1500 liv. dans la succession du premier décédé, néanmoins elle n'a pas eu tout son effet, elle n'a pas été consommée; l'intention de la femme ayant été de conserver à ses enfans & au dernier survivant d'eux toute cette somme, la fiction n'est point consommée tant qu'il reste encore un enfant. Que si la stipulation avoit été faite à ceux du côté de ligne, la fiction ne seroit consommée qu'après que les collatéraux auroient succédé à cette fiction, à l'enfant dernier survivant.

2°. Le Propre fictif s'éteint par l'extinction des reprises ou remploi, auxquels cette qualité est attachée.

Cette extinction arrive, 1°. Par le paiement, lorsque le conjoint, qui étoit le débiteur de la reprise, l'a payée à ses enfans, à qui elle étoit due. 2°. Par l'acceptation que l'enfant créancier de cette reprise, fait de la succession du survivant qui en étoit le débiteur, le concours des deux qualités de créancier & de débiteur, qui, par cette acceptation, se réunissent en ce cas en sa personne, éteignent l'action de reprise.

Au reste, dans ces deux cas, le Propre n'est éteint que lorsque l'enfant est decédé majeur; car s'il décede mineur, les deniers provenans du paiement de ce Propre ou l'emploi d'iceux, tiennent lieu dans la succession du Propre même, comme nous l'avons déjà vu en la Section précédente; & lorsqu'il a accepté la succession du survivant, qui en étoit le débiteur, les biens de la succession du débiteur tiennent lieu d'emploi de la somme qui lui étoit due.

Fin du Traité des Propres.



TRAITÉ DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LES Donations Teſtamentaires ſont celles qui ſont faites par Teſtament.

Le Teſtament eſt la déclaration qu'une perſonne fait, ſelon la forme preſcrite par la Loi, de ſes dernieres volontés ſur la diſpoſition qu'elle entend faire de ſes biens après ſa mort.

Cela revient à cette définition des Inſtituts : *Teſtamentum eſt juſta voluntatis ſententia de eo quod poſt mortem ſuam quis fieri velit.*

Par le Droit Romain, il y a différence entre Teſtament & codicile. Le Teſtament eſt l'acte qui contient l'inſtitution d'héritier. Les codiciles ſont des actes qui ne contiennent aucune inſtitution d'héritier, mais ſeulement des legs & fidéicommis. Selon nos Coutumes, qui n'ont point admis l'inſtitution d'héritier, il n'y a aucune différence entre Teſtamens & codiciles, & les Teſtamens ne ſont parmi nous autre choſe que ce qui eſt appellé par le Droit Romain codicile.

Néanmoins, ſelon l'uſage ordinaire de parler, nous appellons ici Teſtament l'acte qui contient les principales diſpoſitions du défunt ; & codiciles, les actes par leſquels il y a ajouté quelques autres diſpoſitions : mais cette différence n'eſt que dans les mots, & il n'y a aucune différence, ſelon notre Droit Coutumier, entre Teſtament & codicile.

Nos Testamens n'étant, selon notre Droit Coutumier, autre chose que ce qu'étoient par le Droit Romain les codiciles *ab intestat ;* il suit de-là qu'une personne peut faire plusieurs Testamens, qui sont tous valables, en ce qu'ils ne contiennent rien de contraire.

CHAPITRE PREMIER.

De la forme des Testamens.

Le Testament est un acte qui appartient au droit civil, & qui, pour être valable, doit être fait selon les formes prescrites par les Loix.

ARTICLE PREMIER.

Des Regles générales sur les formes des Testamens.

Il y a différentes formes de faire les Testamens, qui sont autorisées par les Loix du Royaume.

Elles ont toutes cela de commun, 1°. Que chaque personne qui veut faire son Testament, en quelque forme qu'elle le fasse, le doit faire séparément, & non point conjointement avec une autre personne ; c'est ce qui est établi par l'Ordonnance de 1735, qui, article 77, abroge & défend l'usage des Testamens mutuels, soit par mari & femme, soit par d'autres personnes.

Le motif de cette Loi paroît avoit été afin que les testateurs eussent plus de liberté, & ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec qui ils feroient conjointement leur Testament.

L'Ordonnance excepte les actes de partage entre enfans & descendans, lesquels, dans les pays où ils sont en usage, article 17, peuvent se faire par les pere & mere conjointement, art. 77.

Elle déclare aussi n'entendre *rien innover à l'égard des Donations mutuelles pour cause de mort. . . . , suivant la réserve portée par l'art.* 46 *de l'Ordonnance de* 1731. Cet article, auquel cette Ordonnance renvoie, parle des dons mutuels & autres Donations faites entre mari & femme.

Cette disposition peut se rapporter aux Testamens mutuels qui se font dans la Coutume de Dunois entre mari & femme. Il y a d'autant plus lieu de décider que ces Testamens ont continué d'être valables depuis l'Ordonnance, que par cette Coutume il n'est pas permis à un mari & à une femme de se donner autrement que par Testament mutuel ; de maniere que si le Testament mutuel leur étoit interdit, ils ne pourroient plus user du droit que la Coutume leur accorde de se donner ; mais les

les dispositions faites à des tiers par ces Testamens doivent être déclarées nulles depuis l'Ordonnance.

Les formes de tester ont, 2°. de commun, que le Testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit; c'est la disposition de l'article 1er. de l'Ordonnance de 1735 : *Toutes dispositions testamentaires seront faites par écrit.* Cet écrit n'est pas seulement requis pour la preuve de ces dispositions; mais il appartient même à la forme de la disposition; c'est pourquoi l'Ordonnance rejette la preuve par témoins des dispositions qui ne seroient pas par écrit, quelque modique que fût la somme dont le défunt auroit disposé.

C'est, 3°. une regle commune à tous les Testamens, qu'ils ne peuvent se faire par signes; l'Ordonnance, article 2, les déclare nuls, encore qu'ils eussent été rédigés par écrit sur lesdits signes : les signes ont paru quelque chose de trop équivoque pour autoriser des dernieres volontés déclarées de cette maniere.

Il y a deux formes de Testament, celle du Testament olographe, & celle du Testament solemnel; on peut encore ajouter celle du Testament militaire, & celle du Testament fait en tems de peste. Les Testamens, pour être valables, doivent être faits suivant quelqu'une de ces formes.

L'Ordonnance de 1735, article 3, déclare expressément nulles les dispositions testamentaires qui seroient faites par lettres missives.

ARTICLE II.

Du Testament Olographe.

§. I.

Ce que c'est, & où a-t-il lieu?

Le Testament olographe est celui qui est entiérement écrit & signé de la propre main du testateur.

Le Testament olographe est admis dans tout le Pays Coutumier. A l'égard des Provinces régies par le Droit écrit, l'Ordonnance de 1735, dit qu'il sera admis dans les Provinces où il étoit en usage avant l'Ordonnance.

Dans cette variété de Loix touchant le Testament olographe, doit-on suivre celle du domicile du testateur, ou celle du lieu où le Testament olographe a été écrit? En faveur de celle du domicile on dit, qu'en fait de formalités d'actes, la regle est qu'on suit la Loi du lieu où l'acte se passe; mais cette regle, dit-on, n'a lieu que pour les actes solemnels qui sont faits par personnes publiques, ces personnes devant se conformer à la Loi & au style du lieu où elles sont personnes publiques. Le Testament olographe est plutôt un Testament dispensé de solemnités,

qu'un acte solemnel, à l'égard duquel la regle ci-dessus citée ne reçoit, par conséquent, aucune application; c'est pourquoi c'est plutôt la Loi du domicile du testateur qui doit décider si le Testament olographe doit être admis ou non, puisque c'est la Loi qui gouverne sa personne & a empire sur la personne qui seule peut le dispenser des solemnités des Testamens, en lui permettant d'en faire un olographe dans le particulier; d'où il suit que, lorsque le testateur est domicilié dans un pays où la Loi permet l'usage des Testamens olographes, il en peut faire un quelque part où il se trouve, & qu'au contraire, il n'en peut faire nulle part si la Loi de son domicile qui régit sa personne ne lui permet pas.

On dit, au contraire, pour la Coutume du lieu où le Testament olographe a été passé, que c'est mal-à-propos qu'on restreint aux actes reçus par personnes publiques la regle qui décide que les formes des actes se réglent par la Loi du lieu où ils ont été passés, que cette regle doit avoir lieu à l'égard de tous les actes sujets à quelques formes, soit qu'ils soient faits par des personnes publiques, soit qu'ils soient faits par des particuliers, & par conséquent, qu'elle doit avoir lieu à l'égard des Testamens olographes qui ne sont pas simplement, comme on le dit, des Testamens dispensés des formes, mais des Testamens d'une forme particuliere; l'obligation imposée au testateur de les écrire en entier de sa propre main, de les dater & signer, étant une véritable forme, ce dernier sentiment paroît autorisé par un Arrêt du 14 Juillet 1722, rapporté au septieme volume du Journal des Audiences, qui a déclaré nul un Testament olographe fait en Italie.

§. II.

De la forme intrinseque du Testament Olographe.

La Loi ne requiert rien autre chose touchant sa forme, sinon qu'il soit entiérement écrit, daté & signé de la main du testateur. Ordonnance de 1735, art. 20. Un seul mot qui seroit écrit d'une autre main rendroit ce Testament nul, quand même ce mot seroit superflu dans le Testament; car on ne pourroit dire que le Testament est *entiérement écrit* de la main du testateur, ce qui est de la forme essentielle de ce Testament; c'est ce qui a été jugé pour le Testament de la dame Berroyer, qui avoit fait légataire universel son beau-frere, par un Testament écrit de sa main dans lequel le terme de *beau* se trouvoit écrit en interligne d'une autre main, la Cour, après avoir ordonné une vérification par experts, déclara le Testament nul.

Observez néanmoins que, pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le Testament, il faudroit qu'il fût constant qu'il en fît partie, *putà* par l'approbation que le testateur auroit faite de l'interligne, autrement il seroit au pouvoir d'un tiers en la possession duquel un Testament tomberoit, de détruire ce Testament en y insérant quelqu'interligne, ce qui ne doit pas être.

A plus forte raison, un Testament écrit d'une main tierce seroit-il nul quoique daté & signé de la main du testateur, & quoique chaque disposition fût apostillée de sa main par ces mots, bon pour une telle somme.

Si le Testament contenoit plusieurs dispositions qui fussent chacunes datées & signées, & que l'une d'elles ne fût pas entiérement écrite de la main du testateur, les autres ne laisseroient pas d'être valables; car ce sont comme autant de Testamens dont la nullité de l'un ne doit pas entraîner la nullité des autres par la regle, *utile per inutile non vitiatur. Secùs*, si toutes étoient souscrites par une seule signature.

La date que l'Ordonnance requiert pour le Testament olographe est celle du jour, du mois & de l'année qu'il est fait, art. 38. Il est mieux d'écrire cette date en lettres, ce ne seroit pas néanmoins une nullité si elle étoit écrite en chiffres, n'y ayant aucune Loi qui le défende.

La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément & la perfection.

C'est pourquoi si le testateur avoit, après & au bas de sa signature, écrit de sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette disposition non signée seroit nulle. Il n'est pas, à la vérité, nécessaire de signer chacune de ces dispositions, & la signature du testateur qui est en fin du Testament, confirme toutes les dispositions du Testament qui la précedent; mais cette signature ne peut se référer à ce qui est écrit après, ni par conséquent le confirmer.

L'expression du lieu où le Testament olographe a été fait n'est pas nécessaire pour sa validité, puisqu'aucune Loi ne requiert cette expression.

Les interlignes ne sont pas défendus dans un Testament olographe; il suffit qu'ils soient reconnus pour être de la main du testateur, pour mériter foi.

Les ratures qui se trouvent dans un Testament olographe n'annullent que la disposition qui se trouve raturée; toutes les autres ne laissent pas de subsister.

Si même dans une disposition il y avoit quelques mots de raturés qui ne fussent pas essentiels, ces ratures n'empêcheroient pas la validité même de la disposition où elles se trouveroient; Arrêt du 11 Juillet 1716: mais si c'étoit le nom de la chose ou de la somme léguée, ou celui de la personne à qui le legs est fait qui fût raturé, il est évident que la disposition ne devroit pas être valable.

Toutes ces décisions sont indistinctement vraies lorsqu'on peut lire ce qui est raturé; mais lorsque les ratures sont telles, qu'on ne peut rien lire de ce qui est raturé, la partie raturée peut quelquefois donner lieu à faire infirmer tout le Testament; savoir, lorsque le Testament étoit en la possession de celui au profit de qui il étoit fait, & qu'on pût soupçonner que ce soit lui qui ait fait les ratures; car comme ce qui est raturé pouvoit contenir une révocation ou limitation des dispositions non raturées, la volonté du testateur, même à l'égard des dispositions non raturées, ne se trouvant point certaine, le Testament ne doit point avoir effet, même à l'égard de ces dispositions. Il y a apparence que c'étoit

l'espece de l'Arrêt de 1621, cité par les Auteurs, qui a infirmé pour le tout un Testament dans lequel il y avoit plusieurs ratures, quoique non lisibles, hors ce cas les ratures quoique non lisibles ne doivent point donner atteinte aux parties du Testament qui se peuvent lire, suivant les Loix 2 & 3, *ff. de his quæ in testamen. delent.*

§. III.

De la forme extrinseque.

Nous avons vu ce qui appartenoit ou non à la forme intrinseque & substance du Testament olographe; il est de plùs sujet à des formes extrinseques, pour que ceux au profit de qui il est fait puissent former en conséquence action en Justice pour la délivrance de ce qui leur est légué.

Ces formes sont, 1°. l'acte de dépôt qui doit s'en faire chez un Notaire par la personne qui se trouve porteur du Testament.

Cet acte est, en un cas, requis pour la validité du Testament; savoir, lorsque le testateur a fait profession religieuse, son Testament olographe est nul, s'il ne l'a déposé & reconnu pardevant Notaire avant l'émission de ses vœux solemnels; Ordonnance de 1735, art. 21, ce qui est ordonné pour empêcher que des Religieux ne fissent des Testamens depuis leur profession qu'ils antidateroient du tems avant leur profession.

Hors ces cas, le dépôt du Testament n'est pas requis pour la validité du Testament, & ce dépôt ne se fait que pour qu'il en demeure une minute dont on puisse donner des expéditions à tous ceux qui ont intérêt au Testament. C'est pour cette raison qu'on a coutume de déposer les Testamens olographes; il n'importe que ce soit avant ou depuis la mort du testateur que ce dépôt se fasse, ni par qui il se fasse.

Il est défendu aux Curés qui reçoivent des Testamens d'en délivrer des expéditions à peine de nullité; c'est pour cela qu'il leur est enjoint de le déposer chez un Notaire incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant. Ordonnance de 1735, art. 26.

2°. Le contrôle & l'insinuation qui doivent se faire du Testament, appartiennent aussi à sa forme extrinseque; ces formes ne sont pas requises pour sa validité, mais seulement en faveur du fisc; c'est pourquoi la demande en délivrance de legs faite en vertu d'un Testament ni contrôlé ni insinué, n'en est pas moins valable, mais celui qui l'a donnée, les Procureurs qui ont agi sur une pareille demande sont exposés à des condamnations d'amende.

3°. Il faut qu'il soit reconnu par les héritiers pour être écrit & signé de la main du testateur, ou que sur leur refus de le reconnoître, l'écriture soit vérifiée par des experts.

Lorsque le testateur l'a reconnu lui-même de son vivant pardevant les Notaires chez qui il en a fait le dépôt, pour être entiérement écrit & signé de sa main, je pense qu'il ne faut pas d'autre reconnoissance.

Les actes de dépôt & de reconnoissance sont, comme nous l'avons dit, des actes extrinseques au Testament; c'est pourquoi quand il s'y trouveroit quelque défaut, cela ne donneroit aucune atteinte au Testament.

ARTICLE III.

Du Testament solemnel en Pays Coutumier.

§. I.

Exposition générale des formalités du Testament solemnel en Pays Coutumier.

Les différentes Coutumes requéroient différentes solemnités pour les Testamens, auxquels l'Ordonnance de 1735, art. 22, a dérogé. Elle a ordonné que dans tous les pays où les formes du Droit écrit n'étoient pas établies, il n'y auroit plus que deux formes de faire un Testament; la forme du Testament olographe dont il a été parlé en l'article précédent, & celle du Testament reçu par personnes publiques.

Les solemnités de ce dernier consistent, 1°. En ce qu'il doit être reçu par deux Notaires ou par un Notaire avec deux témoins. Les autres personnes publiques qui, par la Coutume du lieu, ont qualité pour recevoir des Testamens, peuvent les recevoir à la place d'un Notaire.

Dans les actes ordinaires, on tolere qu'un Notaire signe en second un acte reçu par son confrere, auquel il n'a pas été présent; mais lorsqu'un Testament est reçu par deux Notaires, il est indispensable que les deux Notaires y soient présens. Le Testament seroit déclaré faux, s'il étoit prouvé que l'un des Notaires l'eût signé sans être présent, & le Notaire seroit très-punissable.

Les témoins qui sont appellés pour la confection du Testament doivent être nommés & suffisamment désignés par le Testament, de maniere qu'on les puisse connoître; au reste, l'omission de leur qualité ne fait pas une nullité, pourvu qu'ils soient suffisamment désignés d'ailleurs: suivant ces principes, par un Arrêt du 31 Août 1722, un Testament a été confirmé, quoique la qualité des témoins n'eût été exprimée que par ces termes, principaux habitans de ce village.

2°. Le Notaire, ou autre personne publique, ayant qualité pour recevoir les Testamens, doit l'écrire tel que le testateur le lui dictera, art. 23.

Cet article porte expressément, *lesquels Notaires ou Tabellions ou l'un d'eux écriront;* c'est pourquoi il n'est plus douteux que le Testament doit être écrit de la main du Notaire ou autre personne publique qui le reçoit, & qu'il ne suffiroit pas que cette personne publique le fît écrire par un autre, & le signât.

3°. Il doit, après l'avoir écrit, en faire lecture au testateur, & faire mention expresse de cette lecture, art. 23.

4°. Enfin, il doit le signer & le faire signer par les témoins & par le testateur; & au cas que le testateur ait déclaré qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit faire mention.

Toutes les autres formalités requises par les différentes Coutumes, ne sont plus nécessaires; par exemple, il n'est plus nécessaire d'exprimer que le Testament a été dicté & nommé, lu & relu, fait sans suggestion, &c.

Les ratures, quoique non approuvées, qui se trouvent dans les Testamens reçus par personnes publiques, ne forment aucun défaut, & ne sont d'aucune considération lorsqu'elles n'intéressent point la disposition. Arrêt du 11 Juillet 1716, au sixieme vol. du Journ.

Les interlignes qui s'y trouvent sont regardés comme nuls; mais ne préjudicient pas au surplus du Testament.

§. II.

De la compétence ou capacité de celui qui reçoit le Testament.

Le Notaire qui reçoit le Testament doit être compétent, il faut pour cela qu'il le reçoive dans l'étendue de la Jurisdiction ou il est Notaire.

Cependant les Notaires des Châtelets de Paris, Orléans & Montpellier, pouvant, par un privilege particulier de ces Châtelets, recevoir des actes par-tout le Royaume, ils y peuvent, par conséquent, recevoir des Testamens.

Ce privilege est établi par l'art. 463 de notre Coutume.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'un Notaire, quoique subalterne, soit compétent, que le testateur soit domicilié dans le territoire de la Jurisdiction de ce Notaire, ni que les biens dont il dispose y soient situés, les Réglemens qui défendent à ces Notaires de passer des actes pour autres personnes que pour personnes domiciliées dans leur Jurisdictiou, ni pour autres biens que ceux qui y sont situés, ayant cessé d'être observés depuis que les Offices des Notaires Royaux établis dans les Jurisdictions Seigneuriales ont été débités.

Un Notaire, quoique mineur, reçoit valablement un Testament, non-seulement lorsqu'il a obtenu du Roi une dispense d'âge, mais même lorsque par subreption, & sur un faux extrait baptistaire, il a été reçu Notaire; la bonne foi des parties qui le voyent en possession de son état de Notaire, rend valables les actes qu'il reçoit, suivant ce qui est décidé en une espece peu différente en la Loi *Barbarius Philippus* 3ª. *ff. de off. Prat.*

Il en est autrement du Testament qui auroit été reçu par un Notaire interdit, quand même le testateur auroit ignoré l'interdiction; car il est plus facile d'en avoir connoissance, & ces interdictions sont connues dans le lieu.

Un Notaire peut recevoir le Testament de ses parens ; même de son pere, comme il a été jugé par un Arrêt rapporté par le Maître ; il doit être moins suspect que tout autre pour attester les dernieres volontés de son pere.

Un Notaire Apostolique n'est pas compétent pour recevoir un Testament ; car ces Notaires ne sont compétens que pour les actes qui concernent la Jurisdiction Ecclésiastique : or, les Testamens n'appartiennent pas à cette Jurisdiction.

Observez néanmoins que par Edit de Décembre 1691, le Roi a créé des Notaires Royaux Apostoliques, auxquels il a donné le pouvoir, concurremment avec les autres Notaires, de recevoir les Testamens des Gens d'Eglise ; mais ce n'est pas en leur simple qualité de Notaires Apostoliques qu'ils ont ce droit, mais en leur qualité d'Officiers Royaux, & en vertu de cet Edit, qui leur en donne le droit.

Quoique les Secrétaires du Roi aient le titre de *Notaires*, ils ne sont pas compétens pour recevoir des Testamens.

L'Ordonnance, art. 25, permet aux Curés de recevoir des Testamens dans l'étendue de leurs Paroisses, dans les lieux où la Coutume le permet. Notre Coutume d'Orléans est de ce nombre.

L'Ordonnance le permet même aux Curés Réguliers ; il y avoit une raison de douter qui est, que les Réguliers ne jouissant pas de l'état civil, paroissoient devoir être incapables de tous Offices civils, & par conséquent, de recevoir des Testamens. La réponse à cette raison est que les Loix en permettant à ces Réguliers de tenir des Cures, les rendent capables de toutes les fonctions civiles attachées à leurs qualités de Curés.

C'est une question si un Curé interdit par le Supérieur Ecclésiastique peut recevoir des Testamens ? Pour la négative on dit, 1°. Que la Puissance Ecclésiastique n'ayant aucun empire sur les fonctions civiles, & sur tout ce qui est de l'ordre civil, l'interdiction prononcée par un Juge Ecclésiastique, ne peut, à la vérité, directement & *per se*, s'étendre à la fonction de recevoir des Testamens, qui est une fonction civile, mais qu'elle peut s'y étendre indirectement & *per consequentias*, en ce que la Loi civile accordant le droit des Testamens aux Curés en leur qualité de Curés, & l'interdiction du Juge Ecclésiastique suspendant le Curé de son état de Curé, le Curé interdit de son état de Curé, est indirectement interdit de tout ce qui y est attaché, & par conséquent, de la fonction de recevoir des Testamens. On ajoute, 2°. Que les Rois ayant accordé aux Juges Ecclésiastiques une Jurisdiction, & le droit de rendre des Décrets, ils sont censés leur avoir accordé ce qui en est une suite ; savoir, le droit d'interdire, même des fonctions civiles, ceux qu'ils décréteroient. 3°. Que le Curé, quoique décrété par un Juge Ecclésiastique, devient suspect, & cesse d'être d'une réputation assez entiere, pour pouvoir faire des fonctions publiques. 4°. Enfin, on dit que l'Ordonnance, en donnant aux Desservans le droit de recevoir un Testament, suppose assez que le Curé interdit ne le peut plus. Telles sont les raisons que Mr.***. a employées pour prouver qu'un Curé interdit par le Supérieur

Ecclésiastique, ne pouvoit recevoir des Testamens; il me semble qu'on peut répondre, au premier argument, qu'il est vrai que la fonction de recevoir des Testamens est attachée à la qualité de Curé, mais qu'il suit de-là seulement que si le Curé étoit privé entiérement & déposé de son état de Curé par le Supérieur Ecclésiastique, il seroit indirectement privé du pouvoir de recevoir des Testamens; mais l'interdiction ne le privant pas de son état de Curé, le suspendant seulement des fonctions spirituelles qui y sont attachées, cette interdiction ne peut s'étendre aux fonctions civiles qui sont entiérement indépendantes des fonctions spirituelles & d'un ordre différent. On répond au second, que nos Rois, en accordant une Jurisdiction aux Juges Ecclésiastiques, leur ont accordé le droit de prononcer des Condamnations & des Décrets, mais de même que les Condamnations qu'ils prononcent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de l'ordre civil, qu'ils ne peuvent en conséquence prononcer des peines qui emportent privation de l'état civil, ni même qui en emportent la moindre diminution, telles que seroient des peines infamantes; de même les Décrets qu'ils rendent ne doivent pas s'étendre à ce qui est de l'ordre civil, & ne peuvent par conséquent suspendre de son état de bonne fame, ni des fonctions civiles, la personne décrétée. Au troisieme argument, on répond, que les Ecclésiastiques étant sujets à deux Juges, au civil, pour les crimes de l'ordre civil, au Juge Ecclésiastique pour les délits Ecclésiastiques, tant qu'il n'est point décrété par le Juge Civil, mais seulement par le Juge Ecclésiastique, il ne peut être juridiquement suspect de crime dans l'ordre civile. Au quatrieme argument, on répond qu'on établit des Desservans, non-seulement pour le cas auquel un Curé est interdit, mais pour cause de démence ou d'infirmité, ou d'absence nécessaire; dans lesquels cas les Curés ne pouvant pas faire les fonctions civiles qui leur sont attribuées, non plus que les Ecclésiastiques, il étoit nécessaire de les attribuer en leur place aux Desservans.

A l'égard du Curé décrété de prise de corps, ou seulement d'ajournement personnel, par le Juge séculier, il est, en vertu de ces décrets, aux termes de l'Ordonnance de 1670, art. 11 du titre 10, incapable de toutes fonctions civiles, & par conséquent de recevoir des Testamens.

Il est même exclus des fonctions spirituelles jusqu'à ce qu'il ait purgé son décret, non en vertu de ce décret, *per se*, le Juge séculier n'ayant pas le pouvoir de lier, mais les Canons, qui excluent d'exercer les fonctions spirituelles tous ceux qui le sont des fonctions civiles, les excluent.

Un Curé ne peut recevoir de Testamens que sur sa Paroisse. Je pense qu'il ne peut aussi même sur sa Paroisse recevoir de Testamens d'autres, que de ses Paroissiens; car notre Coutume dit *le Curé du testateur*, ce qui souffre difficulté.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que le testateur ait sur cette Paroisse un domicile proprement dit; il suffit qu'il y soit résidant.

Il y a plus, lorsqu'une personne se trouve surprise de maladie sur une Paroisse où elle ne comptoit que passer, & qu'elle y décede, le Curé de la Paroisse peut recevoir son Testament, ainsi jugé par Arrêt du 2 Mars 1714, au sixieme volume du Journal des Audiences.

Un

Un Prêtre séculier commis à la desserte d'une Cure par l'Evêque, a le même droit que le Curé pour recevoir des Testamens. Ordonnance de 1735, art. 25.

Les Desservans réguliers n'ont pas ce droit, l'Ordonnance n'ayant parlé que des séculiers.

Notre Coutume donnoit aussi ce droit aux Vicaires, mais l'Ordonnance le leur a ôté, art. 25.

Suivant le Réglement de quelques Hôpitaux, autorisés par Lettres-Patentes duement regiſtrées, les Chapelains ont droit de recevoir les Testamens des personnes qui y sont malades.

Notre Coutume, art. 289, accorde ce droit aux Chapelains de l'Hôtel-Dieu d'Orléans pour les Testamens de ceux qui y seront malades & y décéderont.

La Coutume accordant ce droit aux Chapelains pour les Testamens de ceux qui décéderont à l'Hôtel-Dieu, il paroît s'ensuivre que le Testament reçu par un desdits Chapelains devient nul, lorsque le testateur revenu en santé est sorti de l'Hôtel-Dieu, ce qui peut souffrir difficulté.

L'Ordonnance de 1735, art. 25, a conservé ce droit de recevoir des Testamens aux Chapelains des Hôpitaux qui l'avoient.

Les Curés ou autres personnes Ecclésiastiques qui ont reçu un Testament, doivent, incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, le déposer chez un Notaire du lieu, & ils ne peuvent en délivrer d'expéditions. Ordonn. de 1735, art. 26.

Il y a des lieux où les Officiers de Justice, jusqu'aux Greffiers, ont qualité pour recevoir des Testamens; dans d'autres, les Officiers Municipaux ont ce droit. L'Ordonnance de 1735, article 24, confirme ces usages.

C'est une chose commune à tous ceux qui reçoivent des Testamens que, pour qu'ils les reçoivent valablement, il faut qu'il ne leur soit fait aucun legs par ledit Testament, ni à leurs parens. C'est ce qui résulte de l'art. 63 de l'Ordonnance de Blois, qui défend aux Curés de recevoir des Testamens dans lesquels eux ou leurs parens seroient légataires, ce que la Jurisprudence a étendu aux Notaires & autres personnes publiques, qui reçoivent des Testamens, y ayant, à l'égard de toutes ces personnes, une entiere parité de raison.

L'Ordonnance, en défendant aux Curés de recevoir des Testamens, où eux, ou leurs parens seroient légataires, n'a pas déterminé jusqu'à quel degré de parenté. Il y a un Arrêt de Réglement du 11 Août 1607, qui défend aux Notaires de recevoir des actes pour leurs cousins germains ou autres parens plus proches; d'où il paroît qu'on doit inférer qu'il leur est défendu de recevoir des Testamens dans lesquels leurs cousins germains seroient légataires. Néanmoins, par Arrêt du 6 Juillet 1722, rapporté au septieme volume du Journal des Audiences, un Testament reçu par deux Notaires, dont l'un étoit cousin par sa femme du légataire universel, a été confirmé.

Quoiqu'un Curé profite indirectement des legs faits à la Fabrique de son Eglise pour fondations d'Obits, Saluts, &c. il ne laisse pas de pouvoir valablement recevoir le Testament qui contient quelque legs de cette espece; car on ne peut regarder ces legs comme faits à lui.

§. III.

Quelles personnes peuvent être ou non témoins dans un Testament?

Les témoins dont la présence est requise dans les Testamens, doivent aussi avoir certaines qualités; comme les Testamens appartiennent entiérement au droit civil, & que la fonction de ces témoins est une fonction civile, *officium civile*, il s'ensuit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de tout leur état civil, qui puissent être témoins dans un Testament.

C'est pourquoi, 1°. Les étrangers qui ne sont point naturalisés, ne peuvent être témoins dans les Testamens.

2°. Les Religieux ne le peuvent être; car ils ne jouissent pas de l'état civil.

Quand même un Religieux auroit été relevé de ses vœux par le Pape, il ne seroit pas capable de cette fonction; car la puissance du Pape, qui est toute spirituelle, & qui ne s'étend point aux choses séculieres, ne peut lui restituer la vie civile qu'il a perdue.

Les Religieux Curés sont aussi incapables de cette fonction; car le Bénéfice dont un Religieux est pourvu, ne lui rend pas la vie civile.

Pourroit-il être témoin au moins dans le Testament d'un de ses Paroissiens dans les Coutumes où il pourroit, en sa qualité de Curé, le recevoir? La raison de douter se tire de cette regle de Droit, *non debet ei cui plus licet, id quod minus est non licere:* or, dit-on, c'est quelque chose de plus de recevoir un Testament que d'y servir de témoins. Néanmoins je pense qu'il ne peut y servir de témoin quoiqu'il puisse le recevoir. La raison de différence est que sa qualité de Curé ne le rend capable que des seules fonctions civiles qui sont attachées à sa qualité de Curé; c'est pourquoi il peut bien recevoir le Testament de son Paroissien, parce que c'est en sa qualité de Curé qu'il le reçoit; les Loix l'y autorisent; mais il ne peut pas y servir de témoin, parce que ce n'est pas en sa qualité de Curé qu'il serviroit de témoin: à l'égard de la regle *non debet cui plus licet, &c.* la réponse est que cette regle souffre beaucoup d'exception, & qu'elle n'a pas d'application toutes les fois qu'il se trouve, comme dans cette espece, disparité de raison.

A l'égard du Religieux Evêque, l'éminence de la dignité de l'Episcopat lui rend l'état civil, & le rend par conséquent capable de toutes les fonctions civiles.

3°. Les Novices sont aussi incapables d'être témoins dans les Testamens; Ordonnance de 1735, art. 41. Quoiqu'ils jouissent encore de la vie civile, qu'ils ne perdront que par leur profession, néanmoins l'habit

religieux qu'ils ont pris les sépare du siecle tant qu'ils le portent, & les rend incapables de toutes fonctions civiles & séculieres.

4°. Ceux qui ont perdu la vie civile par une condamnation, soit par un Jugement contradictoire, soit par contumace, sont aussi incapables de faire la fonction de témoin dans les Testamens.

5°. Ceux qui ont été condamnés à une peine infamante le sont aussi; car quoiqu'ils n'aient pas perdu la vie civile, néanmoins l'infamie les rend incapables de toutes fonctions civiles.

6°. Ceux qui sont en décret de prise de corps ou même d'ajournement personnel, étant incapables de toutes fonctions publiques & civiles, sont aussi incapables de servir de témoins dans les Testamens.

Nous avons déjà observé qu'il faut que le décret soit émané d'un Juge séculier, celui qui est émané d'un Juge Ecclésiastique ne pouvant s'étendre qu'aux fonctions spirituelles.

7°. Les femmes ne peuvent être témoins dans les Testamens; Ordonnance de 1735, art. 40; car elles sont incapables de toutes fonctions civiles. *Feminæ ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt. L. 2, ff. de R. J.* La pudeur de leur sexe, qui ne leur permet pas *in cœtibus hominum versari*, est la raison qui les a fait exclure.

8°. Par la même raison ceux qui ne sont pas suffisamment âgés, ne peuvent servir de témoins dans les Testamens. L'Ordonnance de 1735, art. 39, fixe à vingt ans accomplis l'âge pour être capable de cette fonction, sauf dans les pays régis par le Droit écrit, où il suffit d'avoir l'âge de puberté, c'est-à-dire, de quatorze ans accomplis, qui est celui dont le droit écrit se contente pour la capacité de tester.

Outre ceux qui sont incapables des fonctions civiles, il y a encore quelques personnes qui ne peuvent être témoins dans les Testamens; savoir, 1°. Ceux qui ne savent pas signer; Ordonnance de 1735, art. 44, la signature des témoins étant nécessaire pour la solemnité du Testament en Pays Coutumier.

2°. Les clercs, domestiques & serviteurs de la personne publique qui a reçu le Testament; Ordonn. de 1735, art. 42.

Au reste, rien n'empêche que les parens de celui qui reçoit le Testament y servent de témoins; un Testament où le frere du Notaire qui l'avoit reçu avoit servi de témoin, a été confirmé par Arrêt du 2 Décembre 1669, rapporté par Soef. 11, 18, 42.

3°. Enfin, ceux à qui il est fait par ce Testament quelques legs, soit universel, soit particulier; à plus forte raison ceux qui dans les Coutumes où l'institution d'héritier a lieu, comme dans le Berry, y sont héritiers institués ou substitués; Ordonn. art. 43.

Au reste, pourvu que ce ne soit point à eux-mêmes qu'il soit fait quelques legs, ils peuvent servir de témoins, quand même il en auroit été fait à leurs enfans, & en cela, les simples témoins different de celui qui a reçu le Testament.

ARTICLE IV.

Des formes des Testamens & Codiciles dans les Pays de Droit-écrit.

Dans les Provinces du Royaume régies par le Droit écrit, il y a deux especes de Testamens, le nuncupatif & le mystique.

§. I.

Forme du Testament Nuncupatif.

Le Testament nuncupatif se fait de vive voix en présence de sept témoins; le Notaire compris, (à moins que les Statuts particuliers ne se contentent d'un moindre nombre) auxquels le testateur déclare de vive voix ses volontés, lesquelles, à mesure qu'il les déclare, sont rédigées par écrit par le Notaire, qui doit ensuite en faire lecture au testateur, & faire mention de cette lecture; après quoi le Testament doit être signé par le Notaire & les autres témoins, & par le testateur, le tout sans divertir à autres actes; si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait mention; art. 5.

La mention que les témoins ont été convoqués n'est pas nécessaire; art. 6.

Lorsque le testateur est aveugle, il faut appeller un huitieme témoin qui signe avec les autres; art. 7.

§. II.

Forme du Testament Mystique.

Le Testament mystique ou secret, se fait en cette forme : le testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un autre ses dernieres volontés, qu'il doit signer de sa main, présente à sept témoins, le Notaire compris (à moins que les Statuts particuliers des lieux ne se contentent d'un moindre nombre) le papier où elles sont contenues clos & scellé, ou le fait clorre & sceller devant eux, leur déclare que ce papier est son Testament écrit & signé de lui, ou écrit par un autre & signé de lui, après quoi le Notaire dresse l'acte de subscription qui doit être écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe, & cet acte de subscription doit être signé par le Notaire, les autres témoins & le testateur, le tout sans divertir à d'autres actes; & si par un empêchement survenu depuis la signature du Testament, le testateur ne pouvoit signer, il en sera fait mention; art. 9. Ceux qui ne savent pas lire, ne peuvent faire de Testament mystique; art. 11.

Mais l'Ordonnance permet à ceux qui savent lire, quoiqu'ils ne sachent pas signer, de faire un Testament mystique qui ne soit pas signé d'eux, en appellant en ce cas un huitieme témoin, qui signera l'acte de subscription, & il doit être fait mention de la cause pour laquelle il est appellé.

Il est clair que ceux qui ne peuvent parler ne peuvent faire de Testament nuncupatif; art. 8. Il sembleroit qu'ils n'en pourroient faire de mystique, parce que, selon la forme de ce dernier, le testateur doit déclarer que le papier qu'il présente est son Testament, ce que ne peut faire celui qui ne peut parler; néanmoins l'Ordonnance permet à ceux qui ne peuvent parler, de faire un Testament mystique, à ces conditions, 1°. Qu'il faut qu'en ce cas le testateur sache écrire, & que son Testament soit écrit en entier, daté & signé de sa main. 2°. Qu'il écrive de sa main en présence des témoins, au haut de l'acte de subscription, que le papier qu'il présente est son Testament, & qu'il soit fait mention par le Notaire que le testateur a écrit ces mots en sa présence & celle des témoins.

§. III.

Qualités des témoins dans les Testamens, soit Nuncupatifs, soit Mystiques.

Les témoins qui sont admis à ces Testamens doivent avoir les qualités rapportées en l'article précédent, §. 3, & tout ce que nous y avons dit reçoit ici son application.

Ils doivent ordinairement savoir écrire puisqu'ils doivent signer.

Néanmoins, comme il ne seroit pas facile de trouver dans les campagnes des témoins qui sçussent signer en aussi grand nombre que l'est celui qui est requis pour ces Testamens, l'Ordonnance, art. 45, permet de se servir dans les Testamens qui seront faits ailleurs que dans les villes ou bourgs fermés, de témoins qui ne sachent pas signer, à la charge de faire mention de la déclaration qu'ils auront faite qu'ils ne savent signer, & à la charge qu'il y en aura au moins deux qui signeront.

Il est particulier aux Testamens mystiques, qu'on puisse s'y servir de témoins pour l'acte de subscription qui soient légataires, soit universels, soit particuliers; art. 43.

A l'égard de ceux qui sont institués ou substitués héritiers, ils ne peuvent pas plus servir de témoins dans les Testamens mystiques, que dans toutes les autres especes de Testamens; art. 43.

§. IV.

Formes des Testamens inter liberos, & des Codiciles.

Les Testamens faits *inter liberos*, c'est-à-dire, qui contiennent, ou un partage que le testateur fait entre ses enfans, ou des dispositions, quelles qu'elles soient, au profit de quelques-uns des enfans ou descendans du testateur, ne sont pas sujets aux formes ci-dessus expliquées; mais ils peuvent être ou simples Testamens olographes, même dans les lieux où ces Testamens ne sont point admis entr'autres personnes, ou faits en présence de deux Notaires, ou d'un Notaire & de deux témoins; art. 15, 16 & 17.

Si ces Testamens contenoient quelques dispositions au profit de quelqu'autre personne, elles seroient nulles, & il n'y auroit de valables que celles faites au profit des enfans & descendans du testateur; art. 18.

Les codiciles, c'est-à-dire, les actes qui ne contiennent point l'institution d'héritier, mais seulement des legs ou fidéicommis, ne sont point non plus sujets aux formes des Testamens; il suffit qu'ils soient faits en présence de cinq témoins, suivant la Loi 8, §. *ult. Cod. de codicillis* ou même d'un moindre nombre lorsque les statuts des lieux s'en contentent; art. 14.

ARTICLE V.

De la forme des Testamens Militaires & de ceux faits en temps de peste.

Les Testamens militaires & ceux faits en temps de peste, ne sont pas assujettis à toutes les formalités des autres Testamens.

§. I.

Quelles personnes peuvent faire un Testament Militaire, & dans quelles circonstances?

Il est permis de faire un Testament militaire, non-seulement aux Officiers & Soldats qui servent dans les Troupes du Roi, mais même à tous ceux qui sont à la suite des Troupes ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, tels que sont les Commissaires des Guerres, les Aumôniers, les Chirurgiens, &c., soit à cause du service qu'ils rendent aux Officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres & munitions; art. 31.

Les Officiers, Soldats & autres personnes ci-dessus mentionnées, ne jouissent du droit de faire un Testament militaire que lorsqu'elles sont, 1°. Ou en expédition militaire, 2°. Ou en quartier hors du Royaume, 3°. Ou prisonniers chez les ennemis, 4°. Ou dans une place assiégée où la communication soit interrompue.

§. I I.

De la forme des Testamens Militaires.

Nos Testamens militaires ne sont pas absolument dispensés de toutes formes, comme l'étoient ceux des Romains; art. 29.

Dans ces Testamens, les Majors & Officiers d'un rang supérieur, les Prévôts d'Armées, leurs Lieutenans & Greffiers, les Commissaires de Guerre peuvent tenir lieu de Notaires, & le Testament militaire peut être reçu, ou par deux de ces Officiers, ou par l'un d'eux, assisté de deux témoins; art. 27.

Ceux des blessés peuvent être reçus par un Aumônier quand même il seroit Religieux, ou par un Chapelain d'Hôpital, en présence de deux témoins; art. 27.

Ce Testament doit être signé par le testateur, ou il doit être fait mention qu'il a déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer; il doit être aussi signé par celui qui l'a reçu, & par les témoins, ou il doit être fait mention que lesdits témoins ont déclaré ne savoir signer; art. 28.

C'est une propriété du Testament militaire qu'on peut s'y servir de témoins qui ne savent signer.

Mais cela n'a lieu que lorsque le testateur signe lui-même; art. 28.

C'est encore une propriété du Testament militaire, qu'on peut s'y servir pour témoins d'étrangers non naturalisés, pourvu qu'ils ne soient point notés d'infamie; art. 40.

Ceux qui jouissent du droit de faire un Testament militaire, peuvent aussi le faire dans la forme des Testamens olographes; art. 29.

§. I I I.

Jusqu'à quand sont valables les Testamens Militaires.

Les Testamens militaires qui ne sont pas revêtus des formes des Testamens ordinaires, cessent d'être valables six mois après que le testateur est de retour dans un lieu où il peut tester dans la forme ordinaire; art. 32.

§. IV.

Des Testamens en temps de peste.

En temps de peste, ceux qui se trouvent dans les lieux infectés, soit qu'ils soient malades, soit qu'ils soient en santé, peuvent, en quelque pays que ce soit, se servir de la forme du Testament olographe; art. 35 & 36.

Ils peuvent aussi, en quelque pays que ce soit, faire leur Testament, ou pardevant deux Notaires, ou deux Officiers de Justice Royale, Seigneuriale ou Municipale, jusqu'aux Greffiers inclusivement, ou pardevant l'un desdits Notaires ou Officiers & deux témoins, ou pardevant le Curé, Vicaire ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacremens, & deux témoins; art. 33, 36.

Ce qui a été réglé sur la signature, tant du testateur que de ceux qui recevront le Testament, & des témoins à l'égard du Testament militaire, a pareillement lieu à l'égard de ceux-ci; art. 34.

Les Testamens faits en temps de peste contre la forme du droit commun, cessent d'être valables six mois après que le commerce a été rétabli dans le lieu infecté, ou que le testateur a passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit; art. 37.



CHAPITRE II.

CHAPITRE II.

Des différentes dispositions que les Testamens renferment, & des vices qui peuvent s'y rencontrer, & les annuller.

SECTION PREMIERE.

Des différentes dispositions que les Testamens renferment.

§. I.

De l'institution d'Héritier.

SELON le Droit Romain, la principale disposition qu'un Testament doit renfermer est l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier est un acte par lequel le testateur nomme une ou plusieurs personnes pour lui succéder en tous ses droits actifs & passifs.

Cette institution est tellement de l'essence du Testament, qu'un acte qui ne contient point d'institution d'héritier n'est point un Testament, mais un simple codicille.

Elle est tellement de l'essence du Testament, que si l'institution se trouve vicieuse, & qu'elle devienne par la suite caduque, aucun de ceux qui ont été institués n'étant héritier, soit parce qu'ils seroient morts avant le testateur, ou qu'ils auroient répudié sa succession, le vice ou la caducité de l'institution entraîne la nullité du Testament, à moins qu'il n'y eût au Testament la clause qu'on appelle codicillaire, par laquelle le testateur déclare, que si son Testament ne peut valoir comme Testament, sa volonté est qu'il vaille au moins comme un codicille, auquel cas le vice ou caducité de l'institution n'entraîne pas la nullité des autres dispositions contenues au Testament, telles que sont les legs & fidéicommis, lesquels sont valables, & l'héritier qui succede *ab intestat* en est chargé.

Il est aussi de l'essence du Testament qu'il contienne l'institution d'héritier des enfans du testateur au moins en quelque partie, ou en quelque chose de la succession, ou leur exhérédation expresse; la prétérition de quelqu'un des enfans du testateur est un vice qui entraîne la nullité de tout le Testament, à moins qu'il ne contînt la clause codicillaire, auquel cas la prétérition n'opere la nullité que de l'institution des héritiers, & de la substitution dont ladite institution auroit été chargée, les autres dispositions du Testament ne laissent pas d'être valables en vertu de ladite clause codicillaire. Ordonn. de 1735, art. 53.

Tout ceci n'a pas lieu dans nos Coutumes; elles ont pour maxime, que *l'institution d'héritier n'a lieu*; elles ne connoissent d'autre héritier que celui que la Loi appelle à la succession d'un défunt; elles ne permettent point aux Particuliers de se donner à eux-mêmes des héritiers : c'est pourquoi, dans nos Coutumes, non-seulement l'institution d'héritier n'est point requise pour la validité des Testamens, mais on n'y peut point faire proprement d'institution d'héritier.

Si quelqu'un néanmoins, en Pays coutumier, instituoit par son Testament un héritier, cette disposition ne seroit pas nulle, mais elle ne vaudroit que comme legs universel; celui qui seroit ainsi institué ne seroit pas héritier, mais seroit un simple légataire universel qui devroit demander la délivrance de son legs à l'héritier appellé par la Loi à la succession.

L'Ordonnance de 1735 a regardé la Loi qui admet l'institution d'héritier, & celle qui la rejette, comme loix réelles qui exercent leur empire seulement sur les choses qui sont situées en leur territoire, à l'égard de toutes personnes, même de celles domiciliées ailleurs. Suivant ce principe, elle décide que, lorsqu'un testateur, quoique domicilié en Pays de Droit écrit, fait une institution d'héritier, elle ne vaut que comme un legs universel à l'égard des héritages situés dans les Pays coutumiers, dont les Loix rejettent l'institution d'héritier, ou même comme simple legs particulier, si l'institution étoit faite *ex re certâ, aut ex certâ summâ*, art. 62.

Vice versâ, elle décide que l'institution d'héritier faite par une personne domiciliée en un pays dont la Loi rejette cette institution, ne laisse pas d'être valable pour les héritages situés dans un pays dont la Loi admet cette institution, *art.* 71.

L'Ordonnance ne s'écarte point de ce principe, en décidant par lesdits articles qu'à l'égard des meubles, rentes & autres effets, qui n'ont aucune situation, & qui en conséquence suivent la personne du testateur, l'institution vaut comme institution, ou seulement comme un legs, suivant que le testateur est domicilié dans un pays dont la Loi admet l'institution, ou dans un autre dont la Loi la rejette; car si c'est cette Loi qui décide, c'est en tant qu'elle est la Loi qui régit ces sortes de choses.

Suivant ce principe, que c'est la Loi qui régit les choses qui doit décider si l'institution doit valoir comme institution, ou comme un legs, on ne doit faire aucune attention à celle du lieu où le Testament est fait; c'est pourquoi l'Ordonnance décide que les décisions des art. 68 & 71 ont lieu en quelque endroit que le Testament soit fait.

On ne considere point à la vérité, ni le lieu où l'institution est faite, ni le domicile du testateur, pour décider si l'institution doit valoir comme institution, ou seulement comme legs à l'égard des choses qui ont une situation; *contrà*, on fait attention à ces lieux pour décider si le legs universel doit valoir comme institution; car lorsque ce legs est fait dans le Pays coutumier par une personne domiciliée au Pays de Droit écrit, ce legs universel vaut comme institution pour les choses situées en Pays de Droit écrit, & pour celles qui suivent la personne du testateur, *art.* 70.

La raison de cet article est, que le domicilié du Pays de Droit écrit, qui fait un legs universel par le Testament qu'il fait en Pays coutumier, est présumé vouloir tester suivant l'usage de son pays, & vouloir faire une institution d'héritier; & que s'il s'est exprimé par les termes de légataire universel, c'est par erreur dans les termes.

On fait aussi attention au lieu où se fait le Testament, pour la forme dans laquelle doit être faite l'institution de ceux qui ont droit de légitime; car, quoiqu'il ne suffise pas à un domicilié du Pays de Droit écrit, lorsqu'il fait son Testament en Pays de Droit écrit, de faire des legs à ceux qui ont droit de légitime, la légitime devant être laissée à titre d'institution; néanmoins lorsqu'il fait son Testament en Pays coutumier, le vice de prétérition ne peut être opposé contre son Testament, lorsqu'il a fait à ces personnes des legs, soit universels, soit même particuliers, lesquels legs sont en ce cas favorablement réputés être des institutions d'héritiers, & valent comme institutions, *art.* 70.

Que si le testateur ne leur avoit rien laissé, le Testament seroit nul pour cause de prétérition, mais quant aux dispositions universelles seulement, *art.* 71.

§. II.

Des Legs & Fidéicommis.

Un legs est une disposition directe que le testateur fait au profit de quelque personne, soit de l'universalité ou d'une quotité de ses biens, soit de quelque chose particuliere.

On appelle legs particulier le legs de quelque chose particuliere.

On appelle legs universel le legs de l'universalité de ses biens, ou d'une quotité, comme lorsqu'on legue le tiers, le quart, le vingtieme de ses biens.

Les legs d'une certaine espece de biens, soit pour le total, soit pour une qualité, sont aussi des legs universels, comme lorsqu'un testateur legue à quelqu'un ses biens meubles, ou le tiers, le quart de ses biens meubles, ou ses acquêts, ou le quint de ses propres, ou des propres d'une telle ligne, tous ces legs sont legs universels, parce que non-seulement l'universalité générale des biens d'une personne, mais l'universalité des biens de chaque espece, *genera subalterna*, sont des universalités de biens.

Que si quelqu'un avoit legué tous ses biens de campagne, ou tous ses biens de ville, ou tous ses bois, &c. ces legs ne seroient pas des legs universels; car les biens de campagne ou les biens de ville, sont une espece de choses plutôt qu'une espece de biens; la division des biens est en biens *meubles*, ou biens *immeubles*, en *acquêts* & *propres* d'une telle ligne, & *propres* d'une telle autre ligne. Mais on n'a jamais divisé les biens, *bona* en biens de ville ou biens de campagne.

Observez encore que, pour qu'un legs soit universel, il faut qu'il soit fait *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, si une personne n'avoit d'autres biens immeubles qu'une seule maison, & qu'il leguât cette maison à quelqu'un, ce legs ne seroit pas un legs universel, parce qu'il est fait *tanquam rei singularis*, & non pas *per modum universalitatis*; pour qu'il fût fait legs universel, il faudroit que le testateur eût legué ses biens immeubles.

Les legs universels différent des legs particuliers, en ce que les légataires universels sont tenus des dettes de la succession à proportion de ce que la part des biens à eux legués est au total de la succession; la raison est que les legs universels sont legs de *biens*, les biens renfermant en soi la charge des dettes, suivant cette maxime, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Au contraire, les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes; la raison est que les legs ayant pour objet, non les biens, ni une quotité de biens, mais des choses particulieres, ils ne renferment point la charge des dettes, suivant cette regle, *æs alienum universi patrimonii non singularum rerum onus est*; ils pourroient néanmoins en être tenus indirectement, si le testateur avoit legué en legs particuliers plus qu'il n'avoit, déduction faite de ses dettes.

Les legs universels & les legs particuliers conviennent entr'eux en ce qu'ils sont sujets à délivrance; le légataire universel doit, ainsi que les légataires particuliers, demander à l'héritier la délivrance de son legs; car le légataire universel n'est pas héritier.

En cela, le legs même universel differe de l'institution d'héritier.

Les legs different des fidéicommis, ou substitution, en ce que les legs sont faits directement à la personne du légataire, au lieu que les fidéicommis, ou substitutions, sont faits au substitué par l'interposition d'une autre personne à qui le testateur laisse quelque chose en premier lieu, à la charge de le restituer au substitué. Nous traiterons des substitutions dans un titre particulier.

§. III.

Des autres dispositions qui peuvent être contenues dans un Testament.

Les Testamens contiennent aussi assez souvent des dispositions concernant les obséques du testateur, *putà* sur le lieu où il veut qu'on inhume son corps ou partie, comme son cœur, ses entrailles, sur la pompe de ses obseques, *putà* la quantité du luminaire, le nombre des Ecclésiastiques, les tentures, &c. sur les prieres qu'il ordonne pour le repos de son ame, sur l'épitaphe ou autre monument qu'il veut qu'on lui érige, &c.

Il est du devoir de la personne nommée par le Testament, d'avoir soin de faire exécuter toutes ces dispositions, & lorsque le testateur n'a point d'exécuteur testamentaire, c'est l'honneur & la conscience des héritiers qui en sont chargés.

On ne doit néanmoins exécuter ces dispositions qu'autant qu'elles sont raisonnables. C'est la décision de Papinien en la Loi 113, §. fin. ff. de legat. 1°. *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes aut alia supervacua ut in funus impendant, non valere Papinianus scripsit.*

SECTION II.

Des différens vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires, & les annuller.

Les vices qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires, & les annuller, sont l'obscurité, l'erreur, la suggestion, les mauvais motifs, certaines conditions qui contredisent la nature des dernieres volontés.

ARTICLE I.

De l'obscurité & de l'erreur.

§. I.

Par rapport au Légataire.

Une disposition testamentaire est nulle par vice d'obscurité, lorsqu'on ne peut absolument discerner quel est celui au profit de qui le testateur a voulu la faire.

Par exemple, si le testateur avoit deux amis qui eussent l'un & l'autre le nom de Pierre, avec lesquels il eût vécu dans la même union, & qu'il eût legué en ces termes : Je legue une telle chose à mon ami Pierre, s'il ne se rencontre aucune circonstance qui puisse faire présumer qu'il a voulu leguer à l'un des deux Pierre, plutôt qu'à l'autre, aucun des deux ne pourra prouver que c'est à lui que le legs a été fait, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande, & par conséquent le legs demeurera nul par vice d'obscurité; c'est la disposition de la Loi 10, ff. *de reb. dub.*

Par la même raison, la même Loi décide que, si le testateur avoit fait des legs à chacun de ces deux Pierre, & qu'ensuite par un codicile, il eût révoqué l'un de ces legs en ces termes : Je revoque le legs que j'ai fait à mon ami Pierre, quoique le testateur n'en ait voulu révoquer qu'un, néanmoins aucun des deux legs n'aura effet, parce qu'étant absolument incertain lequel des deux est révoqué, aucun des deux Pierre ne peut prouver que ce soit à lui à qui le testateur ait voulu perséveramment leguer, ce qui est néanmoins nécessaire pour fonder sa demande.

Que, s'il y a quelques circonstances qui puissent faire présumer que le testateur a voulu leguer plutôt à lui qu'à l'autre, comme si l'un des deux lui a rendu des services plus signalés, ou si l'un des deux est son parent, &c. le legs sera valable au profit de celui à l'égard duquel ces circonstances militeront : *si sit controversia de nomine inter plures, qui probaverit sensisse de se defunctum, admittetur. L. 33, §. 1, ff. de condit. & demonst.*

Par la même raison, si le testateur a legué à la ville, sans nommer quelle ville, le legs sera valable, & sera présumé fait à la ville où il avoit son domicile. *L. 39, §. 1, ff. de condit. & demonst.*

Pareillement, s'il a legué à l'hôpital sans dire de quelle ville, le legs sera censé fait à celui de la ville où étoit son domicile.

Quid, s'il en a changé depuis le Testament ? Je pense que c'est à la ville, ou à l'hôpital de la ville où étoit son domicile lors du Testament ; car c'étoit celui-là qu'il avoit en vue lors du Testament ; il ne pouvoit pas avoir en vue une autre ville, où il ne sçavoit pas pour lors transférer son domicile.

Il n'est pas nécessaire, pour la validité du legs que la personne à qui il est fait soit nommée, pourvu qu'elle soit d'ailleurs désignée, & qu'on puisse la connoître.

L'erreur même dans le nom, lorsqu'on ne peut ignorer quelle est la personne à qui le testateur a voulu leguer, n'empêche point le legs d'être valable ; comme si un testateur qui n'a qu'une niéce ou qu'une servante qui s'appelle Jeanne, a legué à sa niéce Marie, ou à sa servante Marie, le legs sera valable, & pourra être demandé par Jeanne, quoique le testateur l'ait appellée Marie ; car n'y ayant pas d'autre niéce qu'elle, n'ayant pas d'autre servante qu'elle, il ne peut être douteux que c'est à elle à qui il a voulu leguer, & que s'il l'appelle *Marie*, c'est une erreur de nom.

Par la même raison, l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la personne à qui il leguoit, ne vicie pas le legs, lorsque la personne d'ailleurs est constante ; comme si on leguoit à M. Letrosne, Doyen du Présidial, le legs ne laisseroit pas d'être valable, quoiqu'il ne soit pas le Doyen ; si je leguois à un tel, mon bon cousin, ou mon frere, ou d'un tel pays, le legs seroit valable, quoiqu'il ne fût ni mon frere, ni mon cousin, ni du pays exprimé. *L. 33 & 34, ff. de cond. & demonst. L. 48, §. 3, & 58, §. 1, ff. de hared. instit.*

§. II.

De l'obscurité ou de l'erreur par rapport à la chose léguée.

De même que pour la validité du legs, il faut qu'on puisse connoître à qui le testateur a voulu leguer ; il faut aussi qu'on puisse connoître ce qu'il a voulu leguer, autrement le legs est nul, selon cette regle, *quæ in testamento ita scripta sunt ut intelligi non possint, perindè sunt ac si scripta non essent. L. 73, §. 1, ff. de Reg. Jur.*

C'est pourquoi, si le Testament porte que le testateur legue à un tel la somme de, &c. & que la quantité de cette somme ne se trouve pas écrite, le legs sera nul, parce que l'on ne peut sçavoir ce que le testateur a voulu leguer.

Néanmoins, si le testateur avoit exprimé la cause pour laquelle il leguoit cette somme, dont il a omis d'exprimer la quantité, & que cette somme pût s'estimer par sa relation avec la cause pour laquelle elle a été leguée, le legs seroit valable. Par exemple, si quelqu'un a legué à la ville d'Orléans la somme de.... pour faire un tel ouvrage, le legs sera valable, & sera réputé être de la somme qu'on estimera que doit coûter cet ouvrage. *L.* 30, ff. *de leg.* 2°. Si on a legué la somme de.... de pension viagere pour ses alimens, ou pour son loyer de maison, ou pour son chauffage, le legs sera valable, & sera de la somme à laquelle on estimera que les alimens, ou le loyer de maison, ou le chauffage de cette personne, eu égard à son état, doit monter.

Que si le testateur, de son vivant, faisoit une pension viagere, & que cela parût par son journal, il sera censé lui avoir legué celle qu'il avoit coutume de lui faire. *L.* 14, ff. *de ann. leg.*

Lorsque, ce que le testateur a voulu leguer n'est pas entiérement incertain, & qu'on ignore seulement quelle est celle de deux ou plusieurs choses que le testateur a voulu leguer, comme si celui qui avoit deux ou plusieurs maisons de vignes, a legué ainsi: Je legue ma maison de vignes, sans dire laquelle, le legs sera valable, & il sera en ce cas au choix de l'héritier de donner au légataire celle qu'il voudra. *L.* 32, *& L.* 33, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

L'erreur, sur le nom de la chose leguée, n'est d'aucune considération, lorsqu'il est constant quelle chose le testateur à voulu leguer. Par exemple, si j'ai legué ma maison de vignes *de la Cerisaille*, quoique par les titres elle ne s'appelle pas la Cerisaille, mais la *Corne*, le legs n'en sera pas moins valable, *error nominum in scripturâ factus, si modò de possessionibus legatis non ambigitur, jus legati non minuit. L.* 7, §. 1, *Cod. de leg.*

Pareillement, l'erreur sur ce que le testateur a allégué pour la désignation de la chose qui se trouve suffisamment désignée d'ailleurs, n'est d'aucune considération, comme si j'ai legué ma maison de vignes de la Corne de la Paroisse de St. Denis, ou mon Corps de Droit relié en veau; quoique cette maison soit de la Paroisse de St. Jean-le-Blanc, & non de celle de St. Denis, quoique mon Corps de Droit soit relié en basanne & non en veau, le legs n'en sera pas moins valable; car, *falsa demonstratio non perimit legatum. L.* 75, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *& quidquid demonstrandæ rei additur satis demonstratæ, frustrà est. L.* 1, §. 8, ff. *de dot. præleg. nec solent, quæ abundant, vitiare scripturas. L.* 94, ff. *de R. Jur.*

§. III.

De l'erreur sur le motif.

L'erreur dans ce que le testateur a allégué, touchant le motif qui le portoit à leguer, n'empêche pas le legs d'être valable; par exemple, si le testateur, en me faisant un legs, a déclaré que c'étoit par reconnoissance

du soin que j'avois pris de ses affaires, *quia negotia mea curavit*, quoique je n'aie pris aucune part à ses affaires, le legs ne laissera pas d'être valable. *L.* 17, §. 2, ff. *de condit. & demonst.* car c'est une regle de Droit, *falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret. L.* 72, §. 6, ff. *d. tit.* Quoique le testateur ait exprimé un faux motif, il n'en est pas moins vrai qu'il m'a voulu leguer ce qu'il m'a legué ; & ne paroissant point que sa volonté ait été de faire dépendre le legs qu'il me fait de la vérité des faits qu'il a déclarés, & pouvant avoir eu d'autre motif que celui qu'il a exprimé, ce legs ne peut m'être contesté.)

Il en seroit autrement, s'il paroissoit effectivement par les circonstances, que la volonté du testateur a été de faire dépendre le legs qu'il faisoit de la vérité desdits faits. *Voyez Pand. Justin. tit. de cond. & demonst. n.* 241, *& sequent.*

ARTICLE II.

Des Legs faits ab irato.

On définit le legs *donatio quædam, &c.* Il est donc de la nature du legs qu'il parte d'une volonté de bienveillance pour la personne à qui il est fait. Tout autre motif par lequel le legs seroit fait, est contraire à sa nature, & doit l'annuller. De-là on a conclu que toutes les fois que les dispositions d'un Testament paroîtroient avoir pour motif, non pas tant la bienveillance du testateur envers les légataires, qu'une haine injuste qu'il avoit pour ses héritiers, qui le portoit à les priver de sa succession, les dispositions testamentaires devoient être déclarées nulles, comme faites *ab irato*. Il y a dans les livres plusieurs Arrêts qui ont cassé des Testamens comme faits *ab irato patre*.

Il est plus facile à des enfans de faire casser le Testament de leur pere, comme fait *ab irato*, qu'il ne l'est à des collatéraux ; comme le penchant & le devoir de la nature porte les pere & mere à laisser leurs biens à leurs enfans plutôt qu'à d'autres personnes, lorsqu'il y a des preuves suffisantes d'une haine injuste & marquée, qu'un pere porte à son fils, on peut facilement présumer que c'est cette haine qui a été le principal motif qui l'a porté à laisser ses biens à d'autres auxquels il ne les auroit pas laissé sans cela ; au contraire, comme nous ne devons pas nos biens à nos collatéraux, & que l'amitié peut être un aussi puissant motif pour nous porter à laisser nos biens à nos amis, que l'est une parenté collatérale, on ne peut pas conclure que la haine injuste qu'un testateur a portée à ses parens collatéraux, ait été le motif qui l'ait porté à leguer ses biens à d'autres, puisque ceux à qui il les a legués ont pu mériter, indépendamment de cela, l'affection du testateur qui l'a porté à les leur leguer ; néanmoins, s'il paroissoit évidemment que le testateur a fait les legs qu'il a faits par un motif de haine contre ses héritiers, quoique collatéraux, comme s'il lui étoit échappé de le déclarer par son Testament ; par exemple,

s'il avoit dit : Je fais tel & tel mes légataires univerſels, parce que mes héritiers en ſont indignes, les héritiers, quoique collatéraux, pourroient faire caſſer le Teſtament.

Les diſpoſitions d'un Teſtament fait *ab irato*, n'étant caſſées qu'à cauſe de la préſomption, que c'eſt la haine qui en a été le motif, il s'enſuit qu'en annullant un Teſtament comme fait *ab irato*, on doit conſerver les legs modiques faits à des hôpitaux ou à des domeſtiques, la préſomption étant que le teſtateur auroit fait ces ſortes de legs, quand même il n'auroit pas été fâché contre ſon fils, & que ce n'eſt point la haine qu'il portoit à ſon fils, mais la charité & la reconnoiſſance qui ont été les motifs de ces legs.

ARTICLE III.

Des Legs faits pœnæ causâ.

Du principe que nous avons établi en l'article précédent, qu'il étoit de la nature des legs qu'ils euſſent pour motif principal, la bienveillance du teſtateur envers les perſonnes à qui ils ſont faits, il paroît s'enſuivre que ceux que le teſtateur fait plutôt & plus principalement par le motif de punir ſon héritier, que par celui de faire du bien aux légataires, devroient être déclarés nuls.

Par le Droit du Digeſte, ces legs qu'on appelloit *pœnæ causâ relicta*, parce que *magis puniendi & coercendi hæredis causâ, quàm benè faciendi legatario relicta videbantur*, étoient nuls. Voyez le titre du Digeſte *de his quæ pœn. cauſ. relinq.* Ulpien apporte pour exemple d'un legs fait *pœnæ causâ*, celui-ci : *Si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Seïo dato, Ulp. tit. de leg.* §. 17. parce que, dans cette eſpece, le teſtateur paroît plutôt avoir en vue d'empêcher ſon héritier de marier ſa fille à Titius, & de le punir s'il le fait, que de faire du bien au légataire.

Au reſte, il falloit en ce cas examiner avec grand ſoin quelle avoit été la volonté du teſtateur, & ſi effectivement ſa vue principale avoit été de punir l'héritier par le legs dont il le grévoit, ou ſimplement d'appoſer une ſimple condition à ce legs; car, comme dit la Loi 2, ff. *de his quæ pœn. cauſ. pœnam à conditione voluntas teſtatoris ſeparat.* Juſtinien a abrogé l'ancien Droit, & a admis le legs *pœnæ causâ*, dans le cas où l'héritier feroit ou ne feroit pas quelque choſe, pourvu que la choſe que le teſtateur ordonneroit ne fût pas une choſe contraire à l'honnêteté publique, ou aux loix. *L. ün. Cod. de his quæ pœn. cauſ.*

Je crois que nous devons ſuivre cette Loi de Juſtinien en ce ſens, que les legs ne doivent pas être préſumés faits *pœnæ causâ*; mais lorſqu'il eſt évident que le teſtateur ne fait le legs que *puniendi hæredis causâ*, je penſerois que le Droit du Digeſte, comme plus conforme aux principes ſur la nature des legs, devroit être ſuivi.

Ce dont on ne peut douter est, que si le legs, dont le testateur a grevé son héritier, avoit été fait dans la vue qu'auroit eu le testateur de se mettre au-dessus des Loix, & de faire réussir quelque chose que les Loix défendent, le legs seroit nul; comme si quelqu'un avoit legué ainsi : Si mon héritier fait une telle contestation à ma femme, je legue mes biens, ou je legue telle chose à l'hôpital.

Pareillement, si le legs ou fidéicommis dont un héritier ou premier légataire est grevé, tend à interdire à cet héritier ou premier légataire, une chose à l'interdiction de laquelle l'intérêt public ou les bonnes mœurs s'opposent, ce legs, ou fidéicommis sera nul, *tanquam pœnæ causâ relictum;* par exemple, s'il avoit été legué quelque chose à une fille, qu'elle eût été chargée de restituer à un tiers, au cas qu'elle se mariât, ce fidéicommis dont elle est grevée, au cas qu'elle se marie, est nul, *commodè statuitur etsi nupserit non esse cogendam fideicommissum præstare. L. 22, ff. de condit. & demonst.* La raison est que ce fidéicommis dont cette fille est chargée, tend à la détourner du mariage, ce qui est contraire à l'utilité publique.

Cette Loi est suivie parmi nous; il y a un Arrêt du 25 Juin 1716, dans la même espece, rapporté au sixieme volume du Journal des Audiences.

Il en seroit autrement du fidéicommis dont seroit grevée une veuve par son mari, dans le cas auquel elle se remarieroit, surtout lorsqu'elle a des enfans de son premier mariage.

ARTICLE IV.

Des Legs faits denotandi causâ.

Ayant établi pour principe en l'article second, qu'il est de la nature des legs qu'ils soient faits par un motif de bienveillance & d'amitié, que le testateur porte au légataire; c'est une conséquence que ceux par lesquels le testateur insulte le légataire à qui il legue, ne sont pas valables; comme si quelqu'un léguoit ainsi : Je legue telle chose à une telle, qui est la plus grande putain de la ville; c'est la décision de la Loi 54, ff. *de leg.* 2°. *turpia legata quæ denotandi magis legatarii gratiâ scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.*

Il en seroit autrement, si un pere léguoit ainsi à son fils : Je legue telle chose à un tel mon fils scélérat, mon fils ingrat, ce legs seroit valable; le testateur n'est pas censé en ce cas avoir donné cette épithete à son fils pour le dénigrer, mais pour lui faire sentir la grandeur de la piété paternelle que le testateur conserve malgré tous ses mauvais déportemens; *illa institutio valet, filius meus impiissimus hæres esto. L. 48, §. 1, ff. de hæred. instit.*

ARTICLE V.

Des Legs par motif de pur caprice.

Les legs devant partir d'une juste affection, que le testateur porte au légataire, suivant que nous l'avons établi dans les articles précédens, il s'ensuit que les legs faits à des personnes incertaines, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, & qui partent d'un pur caprice du testateur, sont nuls; comme si un testateur léguoit à ceux qui, le jour de son enterrement, occuperoient la quatrieme loge à la comédie.

C'est en conséquence de ce principe que par le Droit du Digeste les legs faits à des personnes incertaines, *incertis personis*, étoient nuls; Justinien a abrogé en ce point le Droit du Digeste, comme on peut le voir au titre *de Leg. aux Instit.*

In praxi, la Constitution de Justinien doit être entendue en ce sens, que les legs faits à des personnes incertaines lorsqu'il paroît quelque motif plausible d'où ils aient pu partir, sont valables; par exemple, le legs qui seroit fait à celui qui découvrira les longitudes sur mer est valable, quoiqu'il soit fait à une personne incertaine; car il est fait par le motif de récompenser une étude utile à la société, qui est un motif plausible.

Le legs fait à un posthume, qui n'étoit pas valable par le Droit du Digeste, est aussi valable; car quoique ce soit une personne incertaine, qui n'a pu mériter par elle-même l'affection du testateur, le legs qui lui est fait part de l'affection que le testateur peut avoir pour les personnes de ses pere & mere, qu'il a voulu leur témoigner en léguant à l'enfant qu'ils auroient, lequel motif est un motif plausible; si le posthume légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, il a pu la mériter par son pere ou sa mere, ce qui suffit.

Par la même raison, on doit décider que le legs fait par un testateur à celui qui épousera sa fille ou sa niece, qui n'étoit pas valable par l'ancien Droit, doit être valable, selon la Constitution de Justinien; car il part d'un motif plausible, qui est de faire trouver un meilleur parti à sa fille ou à sa niece; & si ce légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, qui ne le connoissoit pas, il a pu la mériter par la personne qu'il épousera.

Les legs faits aux pauvres sont aussi valables, quoiqu'ils ne le fussent pas par l'ancien Droit, les pauvres étant regardés comme personnes incertaines; car ce legs part d'un motif plausible, qui est le motif de charité.

Observez que les pauvres, parens du testateur, lorsqu'il s'en trouve, doivent être préférés pour ce legs, sinon le legs est censé fait aux pauvres de la Paroisse de son domicile.

A l'égard des legs faits à des personnes incertaines, qui ne paroissent partir d'autre motif que d'un motif de caprice, tel que celui rapporté au commencement de cet article, ils ne sont pas valables même depuis la Constitution de Justinien.

ARTICLE VI.

Des Legs faits par un motif contraire aux bonnes mœurs.

§. I.

De ceux qui tendent expressément à récompenser le vice.

Un legs est contraire aux bonnes mœurs, & par conséquent nul, lorsque le testateur, en faisant ce legs, a exprimé un motif contraire aux bonnes mœurs, par lequel il le faisoit, comme s'il avoit légué en ces termes : Je legue à un tel telle chose, parce qu'il s'est battu en duel en brave homme, ou je legue telle chose à un tel, parce qu'il m'a bien servi dans mes plaisirs; car ce sont des motifs contraires aux bonnes mœurs que ceux qui tendent à récompenser ce qui est défendu par les Loix ou par les bonnes mœurs.

§. II.

De la Captation.

Les dispositions testamentaires sont nulles lorsqu'elles ont le vice de la captation, c'est-à-dire, lorsque le testateur les a faites dans la vue d'engager celui au profit de qui il les faisoit, de tester pareillement à son profit de ses biens; car ce motif est visiblement contraire aux bonnes mœurs, *captatoriæ scripturæ neque in hæreditatibus neque in legatis valent. L. 64, ff. de leg.* 1°.

Une disposition est captatoire & nulle, non-seulement lorsque je la fais dans la vue de capter pour moi les biens de celui à qui je la fais, mais encore lorsque je la lui fais dans la vue de capter ses biens pour un autre pour qui je m'intéresse, *veluti si ità scripserit, Titius si hæredem Mævium à se scriptum ostenderit, hæres esto, in Sententiam Senatûs Consulti incidere non est dubium. L. 71, §. 1, ff. de hæred. instit.*

Au reste une disposition n'est captatoire que lorsque je la fais pour engager quelqu'un à disposer de ses biens à mon profit ou au profit d'un autre, & non pas celle que je fais pour lui témoigner ma reconnoissance de ce qu'il a disposé à mon profit. Par exemple, cette disposition est bonne, *je legue à un tel la même part dans mes biens qu'il m'a léguée dans les siens*, &c. L. 71.

Car, comme dit Papinien, *captatorias institutiones non eas Senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* L. 70, ff. D. Tit.

ARTICLE VII.

De la Suggestion.

Une volonté est suggérée lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portoient.

Le vice de la suggestion rend nulles les dispositions qui ont ce vice; ce qui est conforme au principe que nous avons établi au Paragraphe second, qu'il est de la nature des legs qu'ils partent d'une juste affection pour les personnes à qui ils sont faits, ce qu'on ne peut assurer de ceux qui partent plutôt de l'envie qu'a eu le testateur de se délivrer des importunités de quelqu'un.

La suggestion peut se prouver par écrit & par témoins; par écrit, par exemple, par des lettres qui auroient été écrites au défunt vers le temps de la confection de son Testament, & trouvées après sa mort parmi ses papiers, par lesquelles il auroit été vivement sollicité de faire les dispositions qu'il a faites.

Elle peut aussi se prouver par témoins, & la preuve pure testimoniale n'en doit pas être refusée, lorsque l'héritier avance des faits de suggestion bien pertinens & bien circonstanciés; car il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une autre.

Il résulte des notions que nous avons données de la suggestion, que ce n'est pas un fait de suggestion suffisant, que de mettre en fait, que lors de la confection du Testament, celui au profit duquel il a été fait étoit présent; car suggérer, c'est importuner & solliciter vivement: la seule présence de cette personne lors de la confection du Testament, n'est donc pas une suggestion, lorsqu'on ne met pas en fait qu'elle a sollicité le testateur à faire ces dispositions. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt rendu en la Grand-Chambre le 1er Août 1650, que rapporte Ricard, Tr. des Donat. part. 3, chap. 1, n°. 52, qui a confirmé un Testament fait par une femme au profit de son mari, dans la Coutume de Chartres, quoiqu'on soutînt que son mari étoit présent lors de la confection.

Ricard, dans le même chapitre qu'on vient de citer n°. 52, apporte pour exemple d'un fait pertinent de suggestion, lorsqu'on met en fait que, lors de la confection d'un Testament, il y avoit une personne qui dictoit les dispositions du testateur, que le testateur ne faisoit que répéter & approuver. Cela me paroît dépendre des circonstances; car si le testateur, à cause de son peu d'intelligence ou de l'accablement de son mal, ayant peine à faire entendre par lui-même au Notaire ses intentions, avoit appellé une personne de ses amis, non suspecte & non intéressée, pour les faire mieux entendre, je ne penserois pas qu'on pût regarder cela comme une suggestion. Hors ces circonstances, ce seroit un fait pertinent de suggestion.

Observez que la suggestion qui annulle les dispositions testamentaires doit être lors de la confection du Testament; c'est pourquoi Ricard décide fort bien que ce ne sont pas des faits pertinens de suggestion, que de mettre en fait que le testateur a été vivement sollicité à faire les dispositions qu'il a faites dans des temps fort antérieurs à celui de la confection de son Testament; car ces sollicitations, auxquelles il a résisté, ne concluent pas qu'il a fait son Testament par suggestion; il a pu, depuis qu'elles ont cessé, le faire de sa pure volonté; il faut prouver qu'elles ont duré jusqu'au temps de la confection.

ARTICLE VIII.

De certaines conditions qui, étant contraires à la nature des dernieres volontés, les annullent.

§. I.

De la condition, Si hæres voluerit.

Il est de la nature des dernieres volontés qu'elles soient principalement la volonté du défunt, & non pas celle d'un autre, & que ce soit le défunt qui ait donné, & non pas son héritier qui donne.

De-là il suit que des legs faits *si l'héritier le veut*, *si c'est sa volonté*, ne sont pas valables, *fideicommissum ita relictum, si volueris restituas, non debetur. L.* 11, §. 7, *ff. de Leg.* 3°.

Il en est autrement du legs qui seroit fait sous condition d'un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'héritier; par exemple, si quelqu'un avoit légué cent pistoles au Chapitre de St. Agnan, si son héritier assistoit à leur Office, ce legs seroit valable; c'est ce qui est décidé par la Loi 3, *ff. de Leg.* 2°., où Paul répond que le legs fait sous cette condition, *hæres dare damnas esto si in Capitolium non ascenderit*, est valable. Il sembloit que cette espece fût semblable à la premiere, puisque l'accomplissement de la condition dont le testateur a fait dépendre ce legs, dépendant entiérement de la volonté de l'héritier, qui peut à son gré monter ou ne pas monter au Capitole, assister ou ne pas assister à l'Office de St. Agnan; c'est la même chose quant à l'effet que si le legs étoit laissé à la volonté de l'héritier, néanmoins il y a une grande différence entre ces deux especes, lorsque le testateur legue quelque chose à quelqu'un expressément, *si l'héritier le veut*, l'héritier étant rendu expressément le maître absolu de la disposition, elle n'est plus la volonté du défunt, mais celle de l'héritier; mais, dans l'autre espece, l'héritier n'est point laissé expressément le maître de la disposition; ce n'est que par conséquence que l'effet de la disposition dépend de la volonté de l'héritier, parce que le testateur a fait le legs sous une condition qui est en son

pouvoir, & on ne peut pas dire que le legs dépend de sa pure volonté, puisqu'il faut qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose pour faire manquer la condition du legs.

La Loi 11, §. 5, *ff. de Leg.* 3°., établit une différence encore plus imperceptible entre le legs *si volueris*, & celui fait sous cette condition, *nisi hæres meus noluerit;* car elle décide que ce dernier est valable, & est censé fait sous la condition de l'agrément de l'héritier, laquelle condition existe aussi-tôt que l'héritier a donné quelques marques d'approbation; la différence entre les deux est que, lorsque le testateur legue en ces termes: *si volueris hæres dato*, le testateur ne donne pas, mais laisse son héritier maître de donner ou ne pas donner, le legs par conséquent n'est pas valable, & n'oblige pas l'héritier, qui demeure toujours le maître de ne pas donner, jusqu'à ce qu'il ait donné effectivement; mais lorsque le testateur legue en ces termes: *nisi hæres meus noluerit*, ce qui revient à ceux-ci: *sous le bon plaisir de cet héritier, si cela ne lui fait pas trop de peine*, c'est véritablement le testateur qui donne l'approbation; l'agrément de l'héritier est seulement une condition apposée au legs, laquelle existe aussi-tôt que l'héritier a donné les moindres marques d'approbation, quoiqu'hors la présence du légataire; c'est ce que la Loi exprime par ces termes: *conditionale fideicommissum est, & primam voluntatem exigit, ideòque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

Il y a une différence bien plus sensible entre le legs *si volueris*, & celui-ci, *si æstimaveris, si putaveris*, &c.; la condition *si volueris* rend l'héritier le maître absolu de donner ou de ne pas donner ce qui a été légué, ce qui est contraire à la nature des legs; mais celle-ci, *si putaveris, si æstimaveris*, est une condition qui ne laisse pas le legs à la pure disposition de l'héritier; elle le constitue seulement le juge de l'équité du legs; & l'héritier étant obligé de décider selon les regles de l'équité, ne peut se dispenser d'acquitter le legs s'il le trouve être équitable; c'est pourquoi si quelqu'un a légué à sa domestique cent livres de pension viagere, pour récompense de ses services, si son héritier l'en jugeoit digne, l'héritier ne pourra se dispenser d'acquitter ce legs, à moins qu'il ne prouve par de bonnes raisons que cette domestique ne mérite pas cette récompense; c'est ce que décide la Loi 11, §. 7, ff. de Leg. 3°.: *Quanquam fideicommissum ità relictum non debeatur, si volueris; tamen si ità adscriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaveris, &c. debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.*

§. II.

Du Legs que le Testateur feroit dépendre de la volonté d'un tiers.

Le legs qui feroit laissé entiérement à la volonté non de l'héritier qui en est grevé, mais d'un tiers, feroit-il valable ? Il semble que non : la Loi 52, *ff. de condit.* le décide expressément : *Non poterit utiliter legari, si Mævius voluerit Titio decem do, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.* La même décision se trouve dans les Loix 32 & 68, *ff. de hered. instit.* La raison est qu'il est de la nature & de l'essence des dernieres volontés d'un testateur, qu'elles soient principalement sa volonté, & non pas celle d'une autre personne, suivant que nous l'avons observé ci-dessus.

La Loi 43, §. 2, *ff. de Leg.* 1°., paroît contraire à cette décision; car elle dit : *Legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest.*

La vraie conciliation de ces textes me paroît être celle-ci, qu'apporte Cujas, lorsqu'il paroît que le testateur, incertain s'il légueroit ou non quelque chose à une personne, s'en est rapporté à la volonté d'un tiers, le legs n'est pas valable; car ce n'est pas alors principalement sa volonté; c'est celle de ce tiers, comme, par exemple, si quelqu'un s'étoit exprimé ainsi : je ne sais si je dois léguer une telle chose à Pierre; je la lui legue si c'est le sentiment de Paul que je le fasse : un tel legs ne vaut rien; car, en ce cas, le legs feroit la volonté de Paul, & non celle du testateur; mais lorsque le testateur voulant effectivement léguer au légataire la chose qu'il lui a léguée, mais ne voulant pas qu'il ait cette chose contre le gré d'une tierce personne, la lui legue si cette personne y consent, & ne s'y oppose point, le legs sera valable, parce que c'est véritablement le testateur qui veut léguer cette chose, la volonté de la tierce personne n'est requise que comme une condition. On peut apporter cet exemple; un testateur legue à quelqu'un son office d'Avocat du Roi si son collegue y consent, ce legs est valable; car c'est lui qui veut léguer à ce légataire son office d'Avocat du Roi; il ne requiert le consentement de son collegue que comme une condition, parce qu'il ne veut pas donner à son confrere un collegue qui ne lui soit pas agréable.

Il reste une difficulté; cette Loi établit une différence entre la volonté de l'héritier & celle d'une tierce personne, *legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest*; mais si nous disons que la volonté d'une tierce personne peut être apposée seulement comme une condition au legs, il ne restera plus de différence, car nous avons vu ci-dessus qu'on pouvoit aussi apposer pour condition du legs la volonté & l'approbation de l'héritier du testateur, qui est grevé.

La réponse est, que je peux apposer pour condition la volonté d'une tierce personne qui persévere jusqu'à la délivrance du legs, en sorte que le légataire

légataire ne puiſſe obtenir le legs, ſi au temps de la demande en délivrance cette perſonne n'eſt conſentante, quand même elle auroit donné quelques marques de conſentement auparavant qu'elle auroit par la ſuite rétracté, au lieu qu'on ne peut appoſer pour condition à un legs une telle volonté de l'héritier, qui ſeroit quelque choſe de contradictoire avec l'obligation que doit contracter l'héritier d'acquitter le legs.

La volonté de l'héritier, qu'on peut appoſer pour condition à un legs, n'eſt qu'une premiere & ſimple marque d'approbation qu'il ne puiſſe pas retracter quand une fois il l'a donnée, *prima voluntas exigit, ideoque poſt primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluiſſe. L.* 11, §. 5, *ff. de Leg.* 3°.

Les Juriſconſultes Romains rapportent encore d'autres conditions qui détruiſent & annullent les diſpoſitions teſtamentaires; telles ſont celles qui renfermeroient le vice de perplexité ou contradiction, comme dans ce cas-ci: *Titius hæres eſto ſi Seïus hæres erit, Seïus hæres eſto ſi Titius hæres erit; L.* 16, *ff. de condit. inſtit.* mais ces cas ſont des cas métaphyſiques, & qui ne ſe rencontrent point *in praxi.*

A l'égard des conditions impoſſibles *naturâ aut jure*, elles n'annullent point la diſpoſition, mais elles ſont regardées comme non écrites.

CHAPITRE III.

Des perſonnes qui ſont capables ou non de teſter, de celles qui ſont capables ou non de recevoir par Teſtament, de celles qu'on peut ou non grever de Legs & Fidéicommis.

SECTION PREMIERE.

Des perſonnes qui ſont capables ou non de teſter.

LES Coutumes de Paris & d'Orléans diſent: *Toutes perſonnes ſaines d'entendement, âgés & uſans de leurs droits, peuvent diſpoſer par Teſtament*, &c.

Ces Coutumes, par ces termes, *uſans de leurs droits*, n'entendent parler que des droits attachés à l'état civil.

La puiſſance paternelle ne rend point en Pays Coutumier les enfans de famille incapables de teſter, en quoi notre Droit differe du Droit Romain, qui ne permet aux enfans de famille de teſter que du pécule *caſtrenſe & quaſi caſtrenſe.*

Pareillement la femme mariée, quoique ſoumiſe en Pays Coutumier à la puiſſance de ſon mari, ne laiſſe pas d'être capable de teſter, & elle n'a

pas même besoin (si on excepte un petit nombre de Coutumes) de l'autorisation de son mari, quoiqu'elle en ait besoin pour tous les actes entre-vifs; la raison est qu'il est de la nature des Testamens de ne pas dépendre de la volonté d'un autre que du testateur, & que d'ailleurs ils ne commencent à avoir leur effet qu'au temps de la mort, auquel temps la puissance maritale cesse.

Il y a donc, selon nos Coutumes trois choses nécessaires pour la capacité de tester; 1°. L'état civil; 2°. L'âge suffisant; 3°. L'exemption de certains défauts de l'esprit ou du corps.

ARTICLE PREMIER.

De l'Etat civil dont doit jouir le Testateur.

Le Testament appartient au droit civil, d'où il suit qu'il n'y a que ceux qui jouissent des droits de Citoyen qui puissent tester.

§. I.

Des Etrangers.

Suivant le principe ci-dessus, 1°. Les aubains ou étrangers non naturalisés sont réguliérement incapables de tester des biens qu'ils ont en France.

Cette regle néanmoins souffre plusieurs exceptions, 1°. A l'égard des Ambassadeurs, Envoyés, Résidens, & toutes les personnes de leur suite à qui il est permis de tester des biens meubles qu'ils ont en France. 2°. A l'égard des Marchands fréquentans les Foires de Lyon & autres Foires, ou résidans en certaines Places de Commerce, à qui il est permis, suivant différentes Lettres-Patentes de nos Rois, de tester de leurs meubles. 3°. A l'égard des Soldats étrangers, qui jouissent aussi du même privilege. 4°. A l'égard des Sujets de certaines Nations qui, par les traités d'alliance faits entre le Roi & ces Nations, sont exceptés entiérement, ou à certains égards, du droit d'aubaine; il faut à leur égard suivre ce qui est porté par les Traités.

Cette regle souffre encore une autre exception, par les Edits portant création de certaines rentes que le Roi a permis aux étrangers d'acquérir, & à l'égard desquelles il a renoncé au droit d'aubaine, & permis aux étrangers qui les acquerroient d'en disposer par Testament.

2°. Les François qui ont perdu les droits de cité en s'établissant en Pays étranger, où ils sont décédés, sont aussi incapables de tester que les étrangers.

Il en est autrement de ceux qui voyagent seulement ou sont prisonniers de guerre; ils n'ont point perdu leurs droits de cité, quoiqu'ils y soient décédés, & leur Testament fait, soit en France, soit dans le Pays étranger, est valable.

§. II.

Des Religieux.

Les Religieux ayant perdu l'état civil par la profession religieuse, ne peuvent faire de Testament, quoiqu'ils aient un Bénéfice hors du Cloître, *putà* une Cure & un pécule.

L'Episcopat, à cause de l'éminence de cette dignité, rend au Religieux devenu Evêque l'état civil, & par conséquent la faculté de tester.

Il y a néanmoins des Auteurs qui leur contestent ce droit de tester; mais les Arrêts rapportés par les Auteurs ayant jugé qu'ils pouvoient transmettre leur succession à leurs parens, il y a même raison de décider qu'ils peuvent tester, le droit de transmettre sa succession ne supposant pas moins le recouvrement de l'état civil par ce Religieux Evêque que le droit de tester.

Les Jésuites, après leurs premiers vœux, sont des vrais Religieux, & ne peuvent tester; mais lorsqu'ils ont été congédiés de la Société, ils recouvrent l'état civil & la faculté de tester.

Lorsqu'ils sont congédiés après l'âge de trente-trois ans, la Déclaration du Roi veut qu'ils ne puissent succéder à leurs parens, même à ceux qui décéderoient depuis leur retour au siecle; mais je ne pense pas que cette disposition, fondée sur des raisons particulières, doive être étendue à d'autres cas, & qu'on puisse refuser à ce Jésuite retourné au siecle, tous les autres droits dépendans de l'état civil, du nombre desquels est celui de tester.

Le Religieux qui a été relevé de ses vœux par le Pape, ne recouvre pas l'état civil, ni par conséquent la faculté de tester; car le pouvoir du Pape, qui hors de ses Etats est tout spirituel, ne peut s'étendre à l'état civil, & il n'y a que le Roi qui puisse le rendre à ceux qui l'ont perdu.

Il en est autrement de celui qui par une Sentence juridique rendue dans le Royaume par l'Official, qui étoit compétent pour en connoître, a fait prononcer la nullité de ses vœux, il peut tester, parce que cette Sentence, qui ne pouvoit pas lui rendre l'état civil s'il l'avoit perdu, en déclarant que ses vœux sont nuls, déclare qu'il ne l'a jamais perdu.

Les Chevaliers de Malte, quoiqu'ils soient Religieux, peuvent néanmoins, par un privilege accordé à leur Ordre, & confirmé par nos Rois, tester d'une partie de leur pécule, avec la permission de leur Grand-Maître.

§. III.

Des Condamnés.

Ceux qui ont été condamnés à la peine de mort, soit naturelle, soit civile, telle qu'est celle des galeres à perpétuité ou du bannissement perpétuel hors du Royaume, perdant l'état civil par cette condamnation, perdent par conséquent le droit de tester.

Il faut en excepter, 1°. Ceux qui sont condamnés même à la peine de mort naturelle par un Conseil de Guerre; car ces condamnations ne font pas perdre l'état civil. 2°. Ceux qui ayant été condamnés par une Sentence contradictoire sont morts pendant l'appel, ou qui ayant été condamnés par un Jugement de contumace, sont morts dans les cinq ans, depuis l'exécution du Jugement, qui leur sont accordés pour se représenter, ou ceux dont la condamnation par contumace a été anéantie par leur représentation ou emprisonnement fait même après les cinq ans, s'ils n'ont pas été condamnés depuis à une peine capitale; car toutes ces personnes sont censées mortes *integri statûs*, & n'avoir pas perdu leur état civil, qui étoit seulement en suspens.

Il y a quelques crimes pour lesquels on fait le procès à la mémoire; savoir, ceux de leze-Majesté, d'hérésie, de duel & d'homicide; ceux dont la mémoire est condamnée pour quelques-uns de ces crimes, sont censés n'avoir pas joui de l'état civil lors de leur mort, & par conséquent le Testament qu'ils auroient fait n'est pas valable.

Ceux qui par Lettres de cachet sont chassés du Royaume, conservent l'état civil, & par conséquent la faculté de tester; car on ne peut perdre son état civil malgré soi que par une condamnation Juridique.

Les condamnations à une peine infamante ne font pas perdre l'état civil, quoiqu'elles le diminuent à certains égards.

§. IV.

En quel temps la capacité de tester est-elle nécessaire?

Il nous reste à observer que la capacité de tester qui résulte de l'état civil est requise, tant au temps de la mort, qu'au temps du Testament; c'est pourquoi, quoique le testateur fût jouissant de son état civil lorsqu'il a fait son Testament, si néanmoins il l'a perdu depuis par une condamnation capitale, son Testament ne sera pas valable.

Cela a lieu même à l'égard des biens situés dans les Provinces où la confiscation n'a pas lieu; car ce n'est qu'en faveur des parens & héritiers du condamné que la Loi exclut la confiscation.

A l'égard de celui qui perd la vie civile par la profession Religieuse, le Testament qu'il a fait avant sa profession, & qui a une date certaine

avant sa profession, est valable; car il est censé mourir en possession de son état civil au dernier instant qui a précédé sa profession par une fiction semblable à celle de la Loi *Cornelia*.

Mais le Testament qui auroit été fait par un Religieux qui depuis seroit devenu Evêque, ne seroit pas valable, quoiqu'il fût jouissant de son état civil au temps de sa mort; car il faut en jouir aussi au temps de la confection du Testament.

Ce que nous venons d'observer, que la capacité de tester qui résulte de l'état civil, doit se trouver dans le testateur, tant au temps de la mort, qu'au temps de la confection du Testament, ne doit pas être étendu aux autres especes de capacités dont nous allons traiter; il suffit que le testateur les ait eues lors de son Testament; la raison de différence est qu'elles ne sont requises que pour la valable confection du Testament, au lieu que l'état civil est requis, non-seulement pour pouvoir faire un Testament, mais pour avoir le droit de transmettre ses biens par Testament; & comme c'est à sa mort que ce droit s'accomplit, il s'ensuit qu'il doit jouir de ce droit au temps de sa mort.

ARTICLE II.

De l'âge requis pour tester.

Les Loix Romaines permettent de tester à l'âge de puberté commencée, c'est-à-dire, aux mâles à l'âge de quatorze ans, & aux filles à l'âge de douze ans.

Comme les Romains étoient extrêmement jaloux du droit de tester, & d'exercer en testant une espece de pouvoir législatif sur ce qui leur appartenoit, ils ont cru qu'on ne pouvoit accorder trop-tôt le droit de tester. D'ailleurs, comme c'étoit à cet âge qu'ils sortoient de tutelle, & qu'ils acquéroient le droit d'administrer leurs biens (l'usage de donner des curateurs aux mineurs pour administrer leurs biens ne s'étant introduit que par la suite, & d'ailleurs ces curateurs ne se donnant qu'à ceux qui en demandoient), on a cru que si on accordoit à cet âge aux mineurs le droit d'administrer leurs biens, on devoit aussi leur accorder le droit de tester, qui devoit leur être beaucoup plus cher.

A l'égard du Droit Coutumier, les Coutumes sont fort différentes sur l'usage de tester; aucune néanmoins ne le permet aussi-tôt que le Droit Romain le permettoit.

Il y en a qui distinguent entre les hommes & femmes, entre l'âge pour tester des meubles & celui pour tester des immeubles, entre l'âge pour tester des meubles & acquêts, & celui pour tester de la partie des propres dont elles permettent de disposer.

Il y en a qui permettent aux personnes de tester au moins de certaines choses aussitôt qu'elles sont mariées, quoiqu'elles ne le permettent aux autres que dans un âge plus avancé; nous n'entrerons point dans le détail

de ces différentes Coutumes ; nous remarquerons seulement que le plus grand nombre est de celles qui permettent de tester au moins des meubles & acquêts aux hommes à vingt ans accomplis, & aux femmes à dix-huit.

Celle de Paris, art. 293, & d'Orléans 293, ne distinguent point les hommes des femmes, & permettent indistinctement de tester des meubles & acquêts à l'âge de vingt ans accomplis.

Une personne a vingt ans accomplis aussitôt que commence le dernier jour de sa vingtieme année ; car la Coutume n'exige pas qu'il soit majeur de vingt ans, mais qu'il ait vingt ans accomplis, & il les a accomplis lorsqu'il a atteint le dernier jour de sa vingtieme année, sans qu'on fasse attention à quelle heure de la journée il est né ; car les années se comptent par jours & non par heures & par momens ; c'est pourquoi si, par exemple, il est né le premier Janvier 1700, il pourra tester le dernier de Décembre 1719 aussitôt après-minuit, car c'est en ce jour qu'il accomplit sa vingtieme année ; il commence la vingt-unieme le premier Janvier 1720 ; c'est la décision de la Loi 5, *ff. qui testam. fac. poss.*

La personne étant inhabile à tester avant cet âge, elle ne peut, pour quelque raison que ce soit, faire avant cet âge aucune disposition testamentaire. Il y a néanmoins un Arrêt dans Soefve, C. 11, C. 163, qui a confirmé un legs modique fait avant cet âge à une domestique pour récompense de services ; mais cet Arrêt ne peut être tiré à conséquence.

A l'égard des propres, elles ne permettent d'en tester qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis ; si néanmoins le testateur n'avoit ni meubles ni acquêts, elles lui permettent d'en tester à l'âge de vingt ans.

Il n'y a personne qui n'ait quelques meubles à lui appartenans, quand ce ne seroit que ses habits ; mais comme *parum pro nihilo reputatur*, une personne est censée n'avoir pas de meubles, lorsque ce qu'elle en a n'est d'aucune considération ; & c'est dans ce sens qu'on doit entendre la Coutume.

Il reste la question de savoir quelle Loi on doit suivre pour l'âge de tester dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées ; il y a des Arrêts anciens qui ont jugé qu'on devoit suivre le Droit Romain ; mais on est revenu aujourd'hui de cet attachement au Droit Romain : on doit distinguer dans ce Droit les décisions qui ne sont puisées que dans les principes du droit naturel, que les Jurisconsultes Romains ont plus approfondi que personne, & celles qui ont leur fondement dans les mœurs particulieres à ce peuple ; on ne peut être trop attaché aux premieres ; mais les autres, du nombre desquelles est celle qui regle l'âge de tester, ne sont d'aucune considération pour nous, qui avons des mœurs toutes différentes : c'est ce qui résulte de ce que nous avons observé au commencement de cet article ; ce ne peut donc être le Droit Romain qui nous doit servir de regle à cet égard.

Il paroît qu'aujourd'hui la Jurisprudence du Parlement de Paris est, que dans les Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge de tester, on doit suivre à cet égard celle de Paris, comme la plus raisonnable sur ce point.

ARTICLE III.

Des défauts d'esprit & du corps qui empêchent de tester.

§. I.

Des Fous.

Nos Coutumes veulent que le testateur soit *sain d'entendement* ; la folie, la démence, rendent donc incapable de tester ; cela est pris dans la nature même des choses ; le Testament est la déclaration des dernieres volontés ; celui qui n'a pas l'usage de la raison, n'a point de volonté ; *furiosi nulla voluntas*.

Le Testament qu'un homme en démence a fait est déclaré nul quand même il n'auroit pas été interdit ; car ce n'est pas tant l'interdiction que la démence même qui le rend incapable de tester ; l'interdiction ne fait que déclarer la démence ; & si elle peut être prouvée d'ailleurs, le Testament qu'aura fait une personne en cet état doit être déclaré nul.

Quoique le Notaire qui a reçu le Testament ait déclaré que le testateur lui a paru sain d'entendement, les héritiers ne laissent pas d'être recevables dans la preuve qu'ils offriroient de faire de sa démence, Soefve, 11, 77 ; car le Notaire ne peut pas, dans un temps aussi court qu'est celui qu'il faut pour dicter un Testament, juger de l'état du testateur, & d'ailleurs cette clause est de style. Cette clause est donc très-inutile ; car si elle n'exclut pas la preuve de la démence, lorsqu'elle se trouve dans le Testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du Testament lorsqu'elle est omise.

§. II.

Des Prodigues.

Ceux qui sont interdits pour cause de prodigalité, ne peuvent faire de Testament. *L.* 18, *ff. qui test. facere poss.* Mais comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'est pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction, qui le prive de la faculté de tester, en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'est que depuis l'interdiction qu'il devient incapable de tester, en quoi il est différent d'une personne en démence.

§. III.

Des Muets.

Les muets qui ne savent pas écrire ne peuvent pas tester ; car on ne peut tester qu'en dictant ses dernieres volontés ou en les écrivant, l'Ordonnance de 1731 ayant rejetté les Testamens faits par signes.

Je ne croirois pas qu'on dût ordinairement faire valoir le Testament qu'auroit écrit de sa main un sourd & muet de naissance; car on ne peut être assuré qu'il soit l'ouvrage de sa volonté, & qu'il ne l'ait pas copié sans entendre ce qu'il copioit sur un exemple qu'on lui aura présenté.

ARTICLE IV.

Quelle Loi doit-on suivre pour la capacité de tester.

Les Loix qui reglent la capacité de tester, étant des Loix qui ont pour objet de régler l'état des personnes, & les droits qui sont attachés à leur état, il s'ensuit que ce sont des Loix personnelles, qui exercent leur empire sur les personnes seulement qui sont domiciliées dans leur territoire, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

De-là il suit qu'un fils de famille, domicilié en pays de Droit écrit, ne peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays coutumier, à moins qu'ils ne proviennent de son pécule *castrense*, ou *quasi-castrense*; & qu'au contraire, un fils de famille, domicilié en pays coutumier, suffisamment âgé, peut tester de ses biens, quand même ils seroient situés en pays de Droit écrit.

Par la même raison, un pubere mineur de 20 ans, domicilié en pays de Droit écrit, peut tester de ses biens, quoique situés dans les Coutumes de Paris & d'Orléans ; & au contraire, s'il étoit domicilié dans ces Coutumes, il ne pourroit pas tester de ceux situés en pays de Droit écrit.

Il y a néanmoins une différence à faire entre les Loix qui reglent l'âge pour tester des biens ordinaires, & celles qui exigent un âge plus avancé pour tester des propres, que celui qui est requis pour tester des biens ordinaires. Les premieres sont des statuts personnels, n'ayant pour objet que de régler l'état de la personne, en définissant à quel âge il doit être habile à user du droit de tester que la Loi accorde aux Citoyens. Mais celles qui défendent de disposer avant un certain âge des propres, même à ceux qui ont l'habilité de tester des biens ordinaires, paroissent avoir pour objet principal ces héritages propres qu'ils veulent conserver aux familles, en interdisant avant un certain âge leur disposition ; c'est pourquoi ces Loix ayant pour objet les choses plutôt que les personnes, doivent passer pour statuts réels, & par conséquent ne doivent exercer leur empire que sur les choses situées dans leur territoire, & l'y exercer à l'égard de toutes

toutes sortes de personnes. C'est sur ces principes qu'il paroît que par Arrêt rapporté au sixieme volume du Journal des Audiences, on a jugé qu'un jeune homme de 21 ans, domicilié à Paris, avoit pu tester de ses propres situés en Berri, quoique la Coutume de Paris, en permettant de tester des biens ordinaires à 20 ans, ne permette de disposer du quint des propres qu'à 25.

SECTION II.

Des personnes qui sont capables ou non de recevoir par Testament.

Les personnes qui sont incapables de tester, ne sont pas pour cela incapables de recevoir les dispositions testamentaires qui pourroient être faites à leur profit; on peut en faire au profit des impuberes, des fous, des interdits, des sourds & muets, quoique ces personnes soient incapables de tester.

Il y a quatre especes d'incapacités de recevoir par Testament; une absolue, une relative à certaines choses, une relative à la personne du testateur; enfin il y a une incapacité de recevoir des legs, relative à la qualité qu'a le légataire d'héritier de celui qui lui a fait le legs.

Observez en général, à l'égard de tous les incapables, que ce qu'on ne peut leur léguer directement, on ne le peut non plus par personnes interposées en léguant à une personne qu'on chargeroit secretement de restituer à la personne incapable.

La preuve par témoins de cette interposition de personnes, peut être admise par témoins, ainsi qu'il a été jugé par Arrêt du 9 Février 1661, rapporté par Soefve, *n.* 33; à défaut de preuve, on peut déférer le serment au légataire qu'on soupçonne être personne interposée, si c'est pour lui qu'il entend accepter le legs.

ARTICLE I.

De l'incapacité absolue.

Les personnes qui sont privées de l'état civil, ont une incapacité absolue de recevoir par Testament, puisqu'elles sont regardées comme n'étant point.

C'est pourquoi, 1°. les Religieux sont incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

On permet néanmoins les legs de pension viagere, faits à un Religieux ou à une Religieuse pour ses alimens, mais elle ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour les alimens, & si elle excédoit, elle seroit réductible; on peut tirer argument pour la somme à laquelle peuvent monter ces pensions, de ce qui a été réglé par la Déclaration du 28 Avril 1693,

pour les pensions que les Communautés de Religieuses établies depuis 1600 peuvent exiger pour la dot de celles qui font profession, lesquelles sont réglées par cette Loi à 400 liv. pour Paris, & à 350 liv. pour les autres villes.

On peut très-certainement en conclure, qu'une pension léguée à un Religieux ou à une Religieuse ne peut excéder ces sommes, & même elles peuvent être réduites à moins, suivant que les Couvens sont riches ou pauvres, ou que la succession du testateur est plus ou moins opulente.

Observez, à l'égard de ces legs de pensions faits à des Religieux, que ce n'est point à ce Religieux, mais au Couvent où est ce Religieux que le droit qui résulte de ce legs est acquis; car ce Religieux, par son état de Religieux, ne peut rien avoir en propre; c'est pourquoi, ce n'est point le Religieux, mais le Couvent qui en fera la demande en Justice, c'est au Couvent à qui la délivrance en doit être faite; ce n'est point au Religieux, mais au Supérieur, ou autre Préposé pour recevoir les revenus du Couvent, que les arrérages de cette pension doivent être payés.

Si cependant ce Religieux avoit un bénéfice hors du Cloître; comme en ce cas le Religieux peut avoir un pécule, & qu'il est autorisé à faire les demandes en Justice pour raison de ce qui dépend de son pécule, il pourra par lui-même faire la demande du legs de pension viagere qui lui avoit été fait, & en recevoir les arrérages, cette pension viagere faisant partie de son pécule.

2°. Les condamnés à une peine capitale, étant par cette condamnation privés de l'état civil, deviennent par conséquent incapables de recevoir aucune disposition testamentaire.

3°. Les Communautés, Corps, Confrairies, &c. qui ne sont point autorisés dans le Royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, & par conséquent sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires.

Il n'y a de Corps autorisés que ceux qui sont établis ou confirmés par des Lettres-Patentes du Roi, enregistrées au Parlement dans le ressort duquel ils sont établis.

Si un Corps à qui le testateur a fait un legs, n'avoit point lors du Testament de Lettres-Patentes; mais que, lors du décès du testateur, il se trouvât érigé par Lettres-Patentes, le legs seroit-il valable? La regle de Caton semble y résister; *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*

Les Couvens des Capucins, Recollets, & d'autres Instituts semblables, quoiqu'autorisés par Lettres-Patentes sont, par la Profession particuliere de pauvreté qu'ils font, incapables de legs.

On admet néanmoins les legs de sommes modiques, qui leur sont faits pour prier Dieu, même ceux de sommes assez considérables, lorsqu'ils sont faits pour la reconstruction ou augmentation de leur Monastere.

Enfin les Etrangers, quoique domiciliés en France, lorsqu'ils ne sont point naturalisés, ont une incapacité absolue de recueillir aucune disposition testamentaire; car les droits de recevoir par Testament, comme de faire

un Testament, sont des droits accordés par la Loi civile, & qui ne peuvent appartenir qu'aux seuls Citoyens.

ARTICLE II.

De l'incapacité relative à certains Biens.

Les Corps & Communautés autorisés, les Fabriques, les Hôpitaux, les Bénéficiers, en leur qualité de Bénéficiers, & généralement tous ceux qu'on appelle Gens de main-morte, ne sont pas absolument incapables des dispositions testamentaires qui seroient faites à leur profit.

On peut leur léguer de l'argent ou autres choses mobilières, même des rentes constituées sur le Roi, le Clergé, Diocèse, Pays d'Etat, Villes & Communautés; mais, depuis l'Edit de 1749, on ne peut leur léguer des rentes constituées sur Particuliers, même dans les Provinces où ces rentes sont reputées meubles; car, l'Edit est général, ni encore moins aucuns héritages, ni droits réels, ledit Edit, *art.* 17, déclare nuls lesdits legs, ce qui est une suite de la défense générale qui leur est faite, d'acquérir à l'avenir, à quelque titre que ce soit, aucuns biens de cette espece.

Quoique les Gens de main-morte puissent acquérir des biens de cette espece, en vertu d'une permission particuliere du Roi, par Lettres-Patentes duement enregistrées; néanmoins les legs qui leur seroient faits de biens de cette espece, quoique sous la condition d'obtenir par eux des Lettres-Patentes, ne laissent pas d'être nuls; c'est ce qui est expressément décidé par ledit art. 17, les legs qui seroient faits des biens de cette espece à des tierces personnes, à la charge d'en remettre les revenus aux Gens de main-morte, ou à la charge de les vendre, & de leur en remettre le prix, sont pareillement déclarés nuls, dit art. 17.

Par la même raison, les legs d'une somme d'argent faits aux Gens de main-morte, ne sont payables que sur les biens de la succession qui sont de l'espece de ceux dont ces gens sont capables, & ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce qu'il y a de biens de cette espece dans la succession pour les acquitter.

Les legs universels, faits aux Gens de main-morte, ne comprennent pareillement que ceux des biens de cette succession, dont ces gens sont capables, & non les héritages & rentes de la succession dont ils sont incapables.

Les legs de ces sortes de biens, faits aux Gens de main-morte par des Testamens qui ont une date authentique avant l'Edit, sont-ils valables lorsque le testateur est mort depuis l'Edit? Les raisons pour la négative sont que les Testamens n'ont aucun effet que du jour de la mort du testateur; ce n'est que de ce jour que les légataires acquierent un droit aux choses qui leur sont léguées, les Gens de main-morte se trouvant incapables dans ce temps d'acquérir lesdites choses, le legs qui leur en a été fait

ne peut avoir d'effet. Ajoutez que les dispositions testamentaires sont la derniere volonté du testateur; elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont censées avoir été sa volonté au dernier instant de sa vie, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté; or, dans ce dernier instant, il ne pouvoit plus vouloir ce qui étoit pour lors défendu par la Loi; on dit au contraire que l'Ordonnance, *art.* 28, dit: *N'entendons rien innover en ce qui concerne les dispositions ou actes faits en faveur des Gens de main-morte, lorsque lesdites dispositions auront une date authentique avant la publication des présentes, ou auront été faites par des personnes décédées depuis.* Mais la réponse est que les actes & dispositions qui auront une date authentique avant l'Edit, & dont l'Edit parle, sont les actes & dispositions entre-vifs, parce que ces actes ont un effet du jour qu'il est certain qu'ils ont été passés, & qu'il faut rapporter aux Testamens ce qui est ajouté, *ou par des personnes décédées depuis.*

Nonobstant ces raisons, l'Hôtel-Dieu d'Orléans a obtenu par Arrêt la délivrance du legs universel fait à cet hôpital par le S^r. Barré, mort depuis l'Edit, parce que son Testament avoit une date authentique avant l'Edit, & la Cour avoit déjà auparavant jugé la même chose en pareille espece au profit d'un autre hôpital.

ARTICLE III.

De l'incapacité relative à la personne du Testateur.

Il y a des personnes à qui le testateur ne peut rien léguer, quoiqu'elles soient capables de recevoir des legs de toute autre personne.

Telles sont toutes les personnes qui ont quelque pouvoir sur la personne du testateur, ce qui pourroit faire craindre la suggestion.

C'est pour cette raison que l'Ordonnance de 1539, *art.* 131, déclare nulles toutes Donations entre-vifs & testamentaires, faites au profit des tuteurs & autres administrateurs, ce qui a été étendu par la Coutume de Paris aux Pédagogues, & par la Jurisprudence aux Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, Opérateurs, qui gouvernoient le malade dans le temps qu'il a fait son Testament, aux Directeurs & Confesseurs du testateur, au Procureur dont le testateur étoit le client. Voyez ce que nous avons dit en notre Traité des Donations entre-vifs, touchant les extensions & les limitations de cette prohibition de donner à ces personnes.

A l'égard des maris & femmes, les Coutumes sont partagées; les unes conformes au Droit Romain, en leur défendant de se rien donner entre-vifs, leur permettent de se donner par Testament ce qu'elles pourroient léguer à toute autre personne, sans distinguer s'ils ont enfans ou non; d'autres distinguent s'ils ont enfans ou non; d'autres distinguent entre les meubles & conquêts, & les autres biens, entre la propriété & l'usufruit. Celle de Paris, *art.* 282, celle d'Orléans, *art.* 280, & un grand nombre d'autres Coutumes, défendent aux maris & femmes de se donner aucune

chose par Testament, non plus qu'entre-vifs, soit qu'ils aient enfans ou non.

Par la Coutume de Paris, *art.* 283, comme nous l'avons déjà vu au Traité des Donations entre mari & femme, le conjoint, lorsqu'il n'a pas d'enfans, peut donner, & par conséquent léguer aux enfans que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; mais dans les autres Coutumes qui défendent aux conjoints de se donner directement ni indirectement, sans s'être expliqués sur les enfans, un conjoint, soit qu'il ait des enfans ou non, ne peut, pendant son mariage, rien léguer ni donner aux enfans que l'autre conjoint a d'un précédent mariage; il y en a un Arrêt de réglement que nous avons rapporté au Traité des Donations entre mari & femme.

Ce qu'un conjoint legue au pere ou à la mere de l'autre conjoint, est aussi censé légué indirectement à ce conjoint. Sur ce principe, un legs fait par une femme à la mere de son mari, a été déclaré nul par Arrêt du 23 Avril 1698, rapporté par Augeard.

Un homme qui a vécu en concubinage ne peut rien léguer à sa concubine, si ce n'est des alimens.

Les bâtards incestueux ou adulterins, ne peuvent pareillement recevoir de leur pere ou mere d'autres legs que des legs d'alimens.

A l'égard des bâtards ordinaires, ils sont capables de legs particuliers, quoique considérables & en propriété, mais ils sont incapables de dispositions universelles; & celles qui auroient été faites à leur profit, seroient réductibles à une certaine somme que le Juge ordonneroit leur être délivrée en biens de la succession pour servir à leur établissement, laquelle somme peut être plus ou moins grande, selon les forces de la succession.

Il y a pourtant un Arrêt dans Soefve IV, 99, de 1665, qui a confirmé une disposition universelle au profit d'un bâtard légitimé par Lettres.

Quoique les domestiques ne soient pas incapables de recevoir des legs de leurs maîtres, & que ceux qui leur sont faits soient au contraire regardés comme très-favorables; néanmoins quelquefois les Arrêts les réduisent, lorsqu'ils sont excessifs, selon les circonstances. Par Arrêt du 11 Août 1713, un legs universel fait à un valet de chambre, qui montoit à plus de 50000 liv., fut réduit à mille écus.

ARTICLE IV.

De l'incapacité qui résulte de la qualité d'héritier.

Par la nature même des choses, un héritier ne peut être grevé de legs envers lui-même, *hæredi à semetipso legari non potest.* C'est pourquoi, inutilement le testateur feroit-il un legs à celui qui est seul héritier du total de ses biens.

Par la même raison, le legs qui est fait à l'héritier en partie de quelques effets de la succession, n'est pas valable, si ce n'est pour les parts de ses cohéritiers, *hæredi à semetipso legari non potest, à cohærede potest. L.* 116, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Tels sont aussi les principes du Droit Romain, & d'un très-petit nombre de Coutumes qui ont permis les prélegs.

Mais dans la plus grande partie du Pays coutumier, & notamment dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, *nul ne peut être héritier & légataire*, parce que celui qui est héritier en partie, ne peut prélever sur la masse de la succession les sommes, ni les choses qui lui sont léguées; mais il est obligé de les laisser dans cette masse, & de les conférer à ses cohéritiers.

Nous avons traité de cette incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, en notre Traité des Successions où je renvoye.

Dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, & dans la plupart des Coutumes, il n'y a que l'héritier qui accepte la succession qui ne peut être légataire; mais, si l'un de ceux qui sont appellés par la Loi à la succession du testateur, renonce à sa succession, il peut demander le legs qui lui a été fait, comme le pourroit un étranger, quoique ce legs soit plus considérable que n'eût été sa portion héréditaire.

Mais dans certaines Coutumes qu'on appelle Coutumes d'égalité, on ne peut avantager par legs l'un de ses héritiers présomptifs, plus que les autres, quand même il renonceroit à sa succession.

SECTION III.

De ceux qu'on peut grever.

Tous ceux à qui le testateur a laissé par sa mort ses biens, ou quelque chose de ses biens qu'il auroit pu ne leur pas laisser, peuvent être par lui grevés de legs & de fidéicommis. *Sciendum est eorum fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dùm eis datur, vel dùm eis non adimitur. L. 1, §. 6, ff. de leg.* 3°.

Non-seulement donc, ceux qui succedent aux biens du testateur, en vertu d'une volonté expresse du testateur par laquelle ils y sont appellés, peuvent être par lui grevés de legs; ceux que la Loi appelle à la succession du testateur, peuvent pareillement l'être; car, quoique ce soit la Loi qui leur défere la succession du défunt, on peut dire aussi que le défunt leur a laissé ses biens en tant qu'il ne leur a pas ôté, comme il eût pu le faire, *vel dùm eis non adimitur.*

Au contraire, ceux à qui le défunt ne laisse que leur légitime, ne peuvent être par lui grevés de legs; car, n'ayant pu leur rien ôter de ce qu'ils tiennent de la Loi seule, on ne peut pas dire qu'ils tiennent rien de lui.

Je peux grever de legs l'héritier de mon héritier, ou de mon légataire, pourvu que je greve en tant qu'héritier de mon héritier, ou de mon légataire.

CHAPITRE IV.

Des choſes qui peuvent être léguées ou non, & juſqu'à qu'elle concurrence de ſes biens peut-on diſpoſer par Teſtament?

ARTICLE I.

Des choſes qui peuvent être léguées ou non.

§. I.

Expoſition générale de ce qu'on peut léguer.

Un Teſtateur peut léguer, ou l'univerſalité de ſes biens, ou une quotité de cette univerſalité, comme la moitié, le tiers, le vingtieme, &c. ou l'univerſalité d'une certaine eſpece de biens, comme ſes meubles, ſes acquêts, ou une quotité de ces univerſalités, comme le tiers de ſes meubles, le quint de ſes propres, &c.

Il peut léguer, ou des corps certains, comme une telle maiſon, un tel cheval, ſa bibliotheque, ſa garderobe, &c. ou des choſes indéterminées, comme un cheval, un baſſin d'argent de tant de marcs, ou une certaine ſomme d'argent, comme une ſomme de 10000 liv., ou une certaine quantité, comme dix muids de bled, un tonneau de vin, &c.

Il peut léguer, & les corps certains qui exiſtent déjà lors du Teſtament, & ceux qui n'exiſtent pas encore, mais qui doivent exiſter, comme le vin de la récolte qui ſe fera dans une telle maiſon de vignes après ſa mort.

§. II.

Du Legs de la choſe d'autrui, de celle de l'héritier.

On peut léguer non-ſeulement ſes propres choſes, mais celles de ſon héritier & celles des perſonnes tierces, & l'héritier ou autre perſonne qui a été chargée de ce legs, eſt tenue de l'acheter de celui à qui elle appartient, pour la donner au légataire, ou bien de lui en donner le prix, au cas auquel celui à qui elle appartient ne voudroit pas la vendre.

Obſervez que le legs d'une choſe qui appartient à un tiers, n'eſt ordinairement valable que lorſque le teſtateur paroît avoir ſçu que la choſe ne lui appartenoit pas, comme par exemple, ſi cette choſe n'étoit pas

en sa possession, mais lorsqu'il a cru que la chose d'autrui qu'il a léguée étoit à lui; comme dans le cas auquel il en auroit été en possession, le legs n'est pas valable, parce qu'on présume qu'il ne l'auroit pas léguée, s'il eût sçu qu'elle ne lui appartenoit pas, *cum nemo facilè presumatur hæredem suum redemptione rei alienæ onerare velle.*

En cela le legs de la chose qui appartient à un tiers, est différent du legs de celle qui appartient à l'héritier ou autre personne qui a été elle-même grevée du legs; car à l'égard du legs de celle-ci, les Jurisconsultes décident indistinctement qu'il est valable, soit que le testateur ait sçu qu'elle ne lui appartenoit pas, soit qu'il ait cru qu'elle lui appartenoit; car en ce cas *nullâ redemptione oneratur hæres.*

Quelquefois même, le legs de la chose d'un tiers est valable, quoique le testateur, en la léguant, ait cru léguer sa propre chose; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur auroit fait un autre legs équipollent au légataire, s'il ne lui eût pas légué cette chose. Par exemple, un testateur a deux parens au même degré, il fait l'un des deux son légataire universel, & donne à l'autre une maison dont il étoit en possession, & qu'il ignoroit appartenir à un autre qu'à lui, le legs de cette maison doit être valable, parce que ce légataire étant son héritier présomptif au même degré que celui qu'il a fait son légataire universel, la présomption est que le testateur a voulu qu'il eût quelque chose de ses biens, & que, s'il eût sçu que cette maison qu'il lui a léguée ne lui appartenoit pas, il lui auroit légué quelqu'autre chose. Un autre exemple; je suppose que c'est à son bâtard que le testateur a légué l'usufruit d'un héritage qu'il croyoit faussement lui appartenir pour lui servir lieu d'alimens, ce legs est valable, car la présomption est que le testateur auroit légué d'ailleurs des alimens à son bâtard.

Puisqu'on peut léguer la chose d'autrui, il s'ensuit que le testateur qui est propriétaire d'une chose en commun avec une autre personne, peut léguer cette chose entiere; mais dans le doute, s'il a voulu léguer la chose entiere, ou seulement la part qu'il y avoit, on doit présumer plutôt qu'il n'a voulu léguer que sa part.

Lorsqu'il s'est servi du pronom *mon*, *ma*, il est hors de doute qu'il n'a légué que sa part; comme lorsqu'il s'est exprimé ainsi: Je legue à un tel ma maison de la Croix-Blanche; car le pronom *ma* restreint le legs à la portion qu'il avoit dans cette maison. *L.* 5, §. 2, ff. *de leg.* 1°.

Il y a plus, si le testateur étoit propriétaire à la vérité du total de la maison, mais qu'il en dût à un tiers la restitution d'une partie, il seroit censé n'avoir légué que l'autre partie qu'il pouvoit conserver. *L.* 30, §. 4, ff. de *leg.* 3°.

Quid, s'il s'étoit ainsi exprimé: Je legue à un tel la maison de la Croix-Blanche? La question est controversée entre les interprétes, si le legs doit être présumé du total, ou seulement de la portion qu'avoit le testateur; la raison pour prétendre qu'il est de la maison entiere, est que le testateur ne l'a point restreint à sa portion en se servant du pronom *ma*, & qu'ordinairement l'appellation indéfinie d'une chose désigne la chose entiere;

la

la maison; pour décider au contraire qu'il n'est que de la portion qui appartient au testateur, se tire du principe posé ci-dessus, qu'on doit dans le doute présumer que le testateur n'a voulu léguer que ce qui étoit à lui.

Lorsque la chose léguée n'appartenoit qu'imparfaitement au testateur; il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avoit, & n'avoir légué la chose que telle qu'il l'avoit; par exemple, s'il n'avoit que la Seigneurie utile d'une maison, il est censé, en la léguant, n'avoir légué que la Seigneurie utile. *L.* 71, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

§. III.

De la chose du Légataire.

Si la chose léguée appartenoit déjà au légataire, le legs qui lui en est fait n'est pas valable, ne pouvant avoir aucun effet, *cùm id quod meum est, non possit ampliùs fieri meum.*

Il est même décidé par les Loix Romaines qu'un tel legs, lorsqu'il a été fait purement & simplement, ne deviendroit pas valable, quand même depuis le Testament, la chose léguée auroit cessé d'appartenir au légataire, ce qui est fondé sur la regle de Caton, *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest.*

Cette regle que nous venons de proposer, que le legs de la chose qui appartient déjà au légataire n'est pas valable, n'a lieu que lorsque la chose lui appartient parfaitement, *pleno jure*, & à titre lucratif.

Que si le légataire n'étoit propriétaire qu'imparfaitement de la chose qui lui a été léguée, le legs sera valable à l'effet que celui qui en est chargé, soit tenu de faire avoir au légataire ce qui lui manque par rapport à cette chose, ou qu'il lui en paye l'estimation, s'il ne peut la lui faire avoir. Par exemple, si le légataire n'avoit que la nue propriété de la chose qui lui a été léguée, l'héritier sera tenu de racheter l'usufruit, pour faire avoir au légataire la pleine propriété; & si celui à qui cet usufruit appartient ne veut pas le vendre, l'héritier sera tenu de payer au légataire l'estimation de cet usufruit qui lui manque en la chose léguée.

Si le légataire étoit propriétaire de la chose qui lui a été léguée, mais qu'il l'eût donnée en nantissement, l'héritier sera tenu de la dégager, pour faire avoir au légataire la possession de cette chose qui lui manquoit. *L.* 86, ff. *de leg.* 1°.

Pareillement, si le légataire n'avoit qu'une propriété résoluble & sujette à éviction, *putà* si le légataire étoit propriétaire de la chose, avec charge de substitution, dans le cas d'une certaine condition, l'héritier sera tenu de le rendre propriétaire incommutable, en rachetant le droit du substitué, lorsqu'il y aura ouverture à la substitution, ou d'en payer l'estimation au légataire. *L.* 39, §. 2. *L.* 82, *ppio.*, & §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Lorsque le légataire n'étoit pas propriétaire à titre lucratif de la chose qui lui a été léguée, le legs qui lui en a été fait est encore valable, à l'effet que l'héritier chargé du legs soit tenu lui rendre le prix qu'il lui en coûte pour en devenir le propriétaire. *L.* 34, §. 7, ff. *de leg.* 1°. & *passim tit. de leg. in Pand. Justinian. n.* 131, 132. *Nec enim videtur perfectè cujusque id esse cujus ei pretium abest. d. n.* 131.

§. IV.

Des choses hors le Commerce.

Il est évident que le legs d'une chose qui n'est pas dans le commerce n'est pas valable, tel que seroit le legs d'une place publique, d'un cimetiere, d'une Eglise, d'un Prieuré, d'un Canonicat.

Le legs d'une Compagnie de cavalerie, d'un office d'Ecuyer du Roi, &c. paroîtroit aussi nul, ces offices étant des choses qui ne sont pas dans le commerce. Néanmoins, comme les personnes qui ont les qualités pour obtenir ces offices, en obtiennent l'agrément, moyennant une somme d'argent qu'on donne à celui qui s'en démet; ne pourroit-on pas dire qu'un tel legs, fait à une personne de qualité à obtenir ces offices, peut être valable, non comme étant le legs de l'office, qui, étant chose hors du commerce, ne peut être l'objet d'un legs, mais comme étant dans l'intention du testateur, plutôt que selon les termes dont il s'est servi, le legs de la somme d'argent nécessaire pour en obtenir l'agrément.

Les legs de matériaux, unis à des édifices, n'étoient pas valables par le Droit Romain, parce qu'un Senatusconsulte en avoit interdit le commerce, n'ayant point dans notre droit aucune loi qui l'interdise, le legs de ces choses doit être valable; mais si ces matériaux légués ne pouvoient être séparés sans dommage, il est de l'équité que l'héritier, chargé du legs, soit recevable à payer au légataire l'estimation à la place de la chose.

Il ne faut pas mettre sur cette matiere, au rang des choses qui sont hors le commerce, les héritages qui appartiennent à l'Eglise, ou aux mineurs; car il suffit que ces héritages puissent être aliénés en certains cas, & avec certaines formalités, pour qu'ils soient regardés comme n'étant pas absolument hors du commerce, & comme susceptibles d'estimation, ce qui suffit, pour que le legs en soit valable, à l'effet que l'héritier grevé du legs soit tenu, faute de pouvoir acquérir la chose, d'en payer au légataire l'estimation.

A l'égard des biens du domaine du Prince, ils sont absolument hors le commerce, & le legs qui seroit fait de quelqu'un de ces biens ne seroit pas valable. *Facit. L.* 39, §. *fin.* ff. *de leg.* 1°.

Non-seulement le legs des choses qui sont hors du commerce général n'est pas valable, le legs de celles qui sont dans le commerce général, mais dont le commerce est par une loi particuliere interdit à la personne

du légataire, ne l'est pas non plus; c'est pour cette raison que l'édit de 1749 déclare nuls les legs d'héritages faits à des gens de main-morte.

§. V.

Des choses qui s'éteignent par la mort du Testateur.

Il est évident que le legs des choses qui sont de nature à s'éteindre par la mort du testateur, ne peut être valable, tel que seroit le legs d'un droit d'usufruit qui appartiendroit au testateur. *L.* 24, §. 1, *ff. de leg.* 1°.

§. VI.

Des legs in faciendo.

Il nous reste à observer que non-seulement les choses peuvent faire l'objet des legs, mais aussi les faits; un testateur peut charger son héritier, ou toute autre personne qu'il peut grever du legs, de faire telle chose, ou de s'abstenir de faire telle chose en la considération d'une telle personne qui y a intérêt; par exemple, c'est un legs valable fait à Pierre, lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de sa maison, qui est vis-à-vis de celle de Pierre, pour donner du jour à la sienne, & pareillement celui par lequel je chargerois mon héritier de ne point louer à des Serruriers ou autres ouvriers, sa maison voisine de celle où loge Pierre, tant que Pierre y demeurera.

Pour que le legs d'un fait soit valable, il faut que le legs soit possible, licite, & que le legataire y ait intérêt.

ARTICLE II.

Jusqu'à quelle concurrence peut-on léguer?

Par le Droit Romain, un testateur dispose de tous ses biens par l'institution d'héritier, mais il n'en peut disposer que des trois quarts par legs particuliers, ni même par fidéicommis universel, l'héritier ayant le droit de retenir la quarte falcidie vis-à-vis des légataires, & la quarte trebellianique vis-à-vis des fidéicommissaires universels.

A l'égard du Droit coutumier, les Coutumes sont fort partagées sur la quantité des biens dont on peut disposer par Testament.

La Coutume de Berry ne distingue point les propres des autres biens, & ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer; plusieurs Coutumes ne permettent de disposer que d'une partie de ses biens, sans distinguer les propres des autres, & elles fixent différemment cette portion, les unes au quart, d'autres au tiers; celle de Bourgogne

aux deux tiers; le plus grand nombre de Coutumes permet de disposer par Testament de tous ses meubles & acquêts; mais ne permet de disposer que d'une portion des propres.

Elles different encore, en ce que les unes permettent de disposer des meubles & acquêts en total, soit que le testateur ait des propres ou non; quelques autres au contraire subrogent les acquêts aux propres, lorsque le testateur n'a point laissé de propres, & même les meubles aux propres & aux acquêts, lorsque le testateur n'a laissé ni propres ni acquêts, & ne permettent en ces cas d'en léguer que la même portion qu'il auroit pu léguer des propres, s'il en eût eu.

Les Coutumes fixent aussi différemment la portion dont on peut disposer des propres; les unes la fixent à la moitié, les autres au tiers, les autres au quart, les autres au quint; il y en a qui distinguent entre les propres féodaux & les autres propres, en ne permettant de disposer que du quint des propres tenus en fief, & permettant de disposer du quart, du tiers, de la moitié des autres.

Il y a des Coutumes qui, en restreignant le pouvoir de disposer des propres, quant à la propriété, à une certaine portion, permettent néanmoins de disposer du total, quant à l'usufruit, ou permettent de disposer, les unes, de trois années, les autres, d'une année du revenu desdits propres.

Celles de Paris & d'Orléans, qui sont les seules auxquelles nous nous attachons, qui sont en ce point suivies d'un très-grand nombre de Coutumes, permettent de disposer par Testament de tous les meubles & acquêts, & du quint des propres, *& non plus avant.*

§. I.

Quels sont les biens jusqu'à concurrence desquels nos Coutumes permettent de disposer par Testament?

Les biens jusqu'à concurrence desquels il est permis à quelqu'un de tester, sont ceux qui lui appartenoient à son décès, & qu'il laisse dans sa succession; les légataires ne peuvent rien prétendre sur ceux qu'il avoit donnés entre-vifs à quelqu'un de ses enfans, quoique le donataire, qui se porte héritier, les rapporte à la succession; car ce rapport ne se fait qu'en faveur de ses cohéritiers; ce n'est que vis-à-vis d'eux que ces propres rapportés à la succession, sont mis dans la masse des biens de la succession, mais vis-à-vis des légataires, qui ne doivent point profiter de ce rapport, qui n'est pas fait pour eux, ils n'en font pas partie.

§. I I.

Quels sont les Propres dont nos Coutumes réservent les quatre quints à l'Héritier ?

Les propres dont nos Coutumes réservent à l'héritier les quatre quints, sont les propres réels.

Nous avons expliqué en notre Traité de la Division des biens, quels étoient ces propres réels; nous y renvoyons. Nous observerons que non-seulement les héritages, mais aussi les rentes constituées dans les Coutumes qui les réputent immeubles, & même les Offices venaux, sont susceptibles de la qualité de propres de disposition.

A l'égard des propres fictifs, c'est-à-dire du remploi des propres des mineurs, qui, par les art. 351 de Paris & d'Orléans, est réputé propre dans leur succession, & des propres conventionnels, ces propres ne sont point réputés pour tels en cette matiere, à moins que la convention qui forme le propre conventionnel, ne contienne une extension expresse au cas de la disposition, comme lorsqu'une femme a stipulé propre une certaine somme à ceux du côté & ligne, en ces termes: *quant à tous effets, même quant à la disposition.*

Lorsqu'une personne a, par contrat de mariage, ameubli un de ses propres réels, cet ameublissement n'empêche pas que cet héritage, pour ce qui en demeure dans la succession de cette personne qui a fait l'ameublissement, soit sujet à la réserve des quatre quints, comme s'il n'avoit point été ameubli; car l'ameublissement n'a d'effet que vis-à-vis l'autre conjoint, & n'ôte point à l'héritage ameubli la qualité de propre qu'il a.

§. I I I.

Sont-ce les quatre quints de chaque Propre, ou du total des Propres que la Coutume réserve aux Héritiers ?

Ce sont les quatre quints de l'universalité des propres du défunt, & non pas les quatre quints de chaque héritage propre que nos Coutumes réservent à l'héritier; c'est pourquoi si on a légué à quelqu'un un certain héritage propre, l'héritier n'en peut rien retenir, si cet héritage n'excede pas en valeur la cinquieme partie du montant de tous les propres.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés en différentes Coutumes, par exemple, s'il a laissé des propres situés dans la Coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt & tant de mille livres, & qu'il ait laissé dans la Coutume d'Orléans des propres de valeur de 20000 livres, qu'il ait légué les propres situés en la Coutume d'Orléans en entier, l'héritier pourra-t-il retenir les quatre quints de ces propres ? Le légataire lui opposera qu'il

est rempli des quatre quints que les Coutumes de Paris & d'Orléans lui réservent dans le total des propres de la succession par les propres situés en la Coutume de Paris, de valeur de quatre-vingt & tant de mille livres, qui fait plus des quatre quints de la valeur du total des propres de la succession. L'héritier réplique que les Coutumes de Paris & d'Orléans lui déférant indépendamment l'une de l'autre la succession des biens situés dans leur territoire, chacune de ces Coutumes lui réserve les quatre quints des propres situés dans son territoire ; ce ne sont donc point les quatre quints des propres situés dans les différentes Coutumes qui lui sont réservés ; car il faudroit pour cela qu'il y eût une Loi générale qui eût empire sur tous les territoires, qui le lui réservât, & il n'y en a point ; les quatre quints des propres situés en la Coutume d'Orléans sont donc véritablement réservés à l'héritier séparément, & indépendamment des propres situés en la Coutume de Paris, que la Coutume de Paris lui réserve ; il peut donc les retenir & retrancher sur le legs de tous les propres situés en la Coutume d'Orléans qui a été fait au légataire.

Il reste une question : doit-il, pour retenir les quatre quints des propres situés à Orléans, offrir d'abandonner le quint de ceux situés à Paris, qui n'est pas légué ? Nous traiterons cette question au §. 5 où je renvoie.

Lorsque le défunt a laissé des propres situés dans une même Coutume, mais affectés à différentes lignes, *putà* des propres paternels & des propres maternels, sont-ce les quatre quints de l'universalité générale de tous ces propres, ou les quatre quints des propres de chaque ligne qui sont réservés à l'héritier ? Par exemple, si le défunt avoit pour quatre-vingt & tant de mille livres de propres paternels, & pour 20000 livres seulement de propres maternels, & qu'il eût légué les propres maternels en entier, l'héritier aux propres maternels pourroit-il en retenir les quatre quints ? La raison de douter est que la Coutume permet en général & indistinctement de disposer du quint de ses propres, & *non plus avant*, d'où il semble suivre que dans cette espece, le legs n'excédant pas le quint de tous les propres du testateur, il ne peut souffrir de retranchement ; néanmoins je pense que l'héritier maternel peut, en ce cas, retenir les quatre quints des propres de cette ligne ; la Coutume ayant eu pour motif de conserver les biens dans les familles, elle a dû avoir en vue l'intérêt de chaque famille, & par conséquent son esprit est, non de réserver les quatre quints des propres en général, mais de réserver à chaque famille les quatre quints des propres qui lui sont affectés. Lalande est d'avis contraire, & il s'appuie sur un Arrêt rapporté par Charondas ; mais il ne paroît pas que cet Arrêt soit suivi, puisque le Brun, Duplessis, Renusson, sont du sentiment que nous tenons.

Le légataire, en ce cas, doit-il être indemnisé sur les biens disponibles auxquels succedent les héritiers paternels, du retranchement qu'ils souffrent de la part des maternels ? Nous traiterons cette question ci-après au §. 5.

§. IV.

En faveur de quel héritier la réserve des quatre quints est-elle faite?

C'est aux héritiers du côté & ligne d'où les propres procedent, que nos Coutumes réservent les quatre quints des propres; c'est pourquoi s'il ne se trouvoit aucun parent du défunt qui fût parent du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, & qu'en conséquence les plus proches parens du défunt fussent héritiers de ces biens, non comme de biens propres, mais comme de biens ordinaires, il n'y auroit pas lieu à la réserve coutumiere, & les legs que le défunt auroit faits seroient valables, non-seulement jusqu'à la concurrence du quint, mais jusqu'à la concurrence du total de ces propres, qui ne différeroient point en ce cas des biens ordinaires; à plus forte raison cette décision doit-elle avoir lieu, lorsqu'à défaut de parens, la succession est déférée ou à la veuve du défunt, ou au mari de la défunte, ou au fisc.

Observez que la réserve des quatre quints des propres est faite aux héritiers de la ligne en leur qualité d'héritiers; c'est pourquoi les plus proches parens de la ligne n'y peuvent avoir aucune part, s'ils ne se portent héritiers du défunt.

Si donc une personne ayant pour ses héritiers aux propres deux parens de la ligne au même degré, fait l'un d'eux son légataire universel, ce légataire universel, qui renoncera à la succession pour se tenir à son legs, ne pourra rien prétendre dans les quatre quints des propres qui appartiendront à l'autre parent seul qui se sera porté héritier.

En cela la légitime coutumiere est différente de la légitime de droit; celle-ci est accordée aux enfans, principalement en leur qualité d'enfans; c'est pourquoi de deux enfans dont l'un est héritier, l'autre legataire, l'enfant héritier n'a que sa part dans la légitime de droit, l'enfant légataire est compté, & prend sa légitime dans ce qui lui est légué, mais la légitime coutumiere est accordée à l'héritier, en sa qualité d'héritier; c'est pourquoi elle appartient en entier à ceux seulement qui ont pris la qualité d'héritier.

§. V.

De l'effet de la réserve.

Lorsque l'héritier se croit grevé de legs au-delà de la valeur des biens dont la Coutume permet de disposer, il lui est permis de se décharger entiérement du legs, en abandonnant aux légataires les biens disponibles; c'est-à-dire les meubles, les acquêts, & le quint des propres.

Ce que l'héritier qui fait l'abandon devoit au défunt, doit-il être compris dans cet abandon? La raison de douter pouvoit être que cette créance

qu'avoit le défunt contre son héritier ayant été éteinte par la confusion qui s'en est faite, elle n'existe plus, & ne peut plus par conséquent être abandonnée; mais l'avantage de la libération de cette dette que l'héritier a ressenti en devenant l'héritier de son créancier, est un avantage subsistant que l'héritier a retiré de la succession, lequel doit faire partie de l'abandon. L'héritier qui fait cet abandon, doit aussi compter de tous les fruits qu'il a perçus des biens disponibles; c'est-à-dire, des fruits des acquêts & du cinquieme du fruit des propres, *nam fructus augent hereditatem.*

L'héritier qui ayant connoissance du Testament, auroit disposé d'une partie du mobilier, sans faire aucun inventaire, pourroit n'être pas reçu à faire cet abandon, & être condamné à payer tous les legs particuliers, faute de pouvoir constater, comme il l'auroit dû, le montant du mobilier de la succession, dont il offre faire l'abandon; on peut, pour le décider, tirer argument de la Constitution de Justinien, qui dénie la falcidie à l'héritier qui a manqué de faire inventaire.

Que si l'héritier avoit disposé du mobilier, sans faire inventaire avant que d'avoir connoissance du testament, je ne pense pas qu'on pût lui reprocher qu'il n'a point fait d'inventaire, mais qu'il seroit recevable dans ses offres de compter aux légataires du prix des choses dont il avoit disposé, sauf aux légataires à justifier les omissions.

A l'égard de l'héritier qui ne succede qu'aux propres, n'ayant à abandonner que la cinquieme partie des propres, il est évident qu'il n'est pas besoin d'aucun inventaire pour cet abandon.

Sur les biens abandonnés par l'héritier aux légataires pour l'acquittement des legs, il faut prendre de quoi payer une portion des dettes de la succession proportionnée à la raison dans laquelle sont ces biens abandonnés avec le total de la succession; par exemple, si le total des biens monte à 36000 livres, & que les disponibles qu'on abandonne aux légataires, montent à 24000 livres, qui sont les deux tiers des 36000 livres il faudra prendre sur ces 24000 livres abandonnées aux légataires les deux tiers des dettes, frais funéraires & autres charges de la succession; *nec obstat*, que les légataires particuliers ne sont pas tenus des dettes de la succession; car il est vrai qu'ils n'en sont pas tenus directement, & par leurs qualités de légataires particuliers, & qu'en conséquence, s'il y avoit dans les biens disponibles de quoi acquitter entiérement, tant les dettes que les legs, les légataires particuliers percevroient leurs legs, sans aucune diminution sans rien porter des dettes; mais les biens disponibles que l'héritier abandonne pour l'acquittement des legs renfermant, en tant que *biens*, la charge & déduction des dettes; suivant cette regle, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, les légataires ne peuvent être payés que sur le surplus qui reste de ces biens, après que la portion de ces dettes dont ces biens disponibles sont tenus, aura été acquittée; d'où il arrive que, si le surplus qui restera n'est pas suffisant pour acquitter tous les legs, les légataires souffrent indirectement des dettes.

On

On doit retenir & déduire sur les biens disponibles abandonnés par l'héritier, non-seulement ce qui est dû à des tiers, pour la part que ces biens en doivent porter, mais même ce que le défunt devoit à l'héritier qui fait l'abandon pour la part que lesdits biens en doivent porter, l'héritier qui en étoit le créancier, en faisant sur lui-même confusion de cette dette, l'a par cette confusion acquittée en entier à ses dépens, & a libéré les biens disponibles de la part que lesdits biens en devoient porter, & il en doit par conséquent être indemnisé sur lesdits biens pour ladite part, comme il le seroit des dettes qu'il auroit payées en entier à des tiers à qui elles étoient dûes.

Lorsqu'il y a des dettes conditionnelles dont la condition est encore pendante, ou des dettes contestées, il n'y a rien à retenir pour raison desdites dettes, puisqu'il n'est pas certain qu'il soit rien dû; mais l'héritier peut demander que les légataires auxquels il fait l'abandon lui donnent caution de rapporter la part dont les biens abandonnés doivent être tenus desdites dettes, si la condition existe, ou qu'il soit jugé qu'elles soient dûes; & faute de donner cette caution, on doit laisser en dépôt la somme à laquelle pourra monter cette part.

Lorsque depuis l'abandon, des dettes qui n'étoient pas connues sont apparues, que l'héritier a été obligé de payer en entier, l'héritier a action contre les légataires pour répéter contr'eux la part que les biens disponibles abandonnés doivent porter de ces dettes. Cette action est celle qu'on nomme en Droit *condictio indebiti*, qui a lieu lorsque quelqu'un a payé plus qu'il ne devoit; car l'héritier, en faisant son abandon, sans retenir cette somme qu'il avoit droit de retenir, & qu'il auroit retenue, si ces dettes eussent été pour lors connues, se trouve avoir payé aux légataires plus qu'il ne devoit.

Chacun des légataires est tenu de cet action à proportion de ce qu'il a eu pour sa part dans les biens abandonnés.

Après qu'on a déduit & prélevé sur les biens disponibles la somme à laquelle monte la part que ces biens doivent porter des dettes & autres charges de la succession, ce qui en reste doit se partager entre tous les légataires particuliers au prorata & au marc la livre de leurs legs; s'il ne se trouve pas de quoi acquitter tous les legs, chaque legs souffrira diminution à proportion de ce qui manque pour l'acquittement du total.

Les legs faits à des Hôpitaux, ceux faits pour des prieres & autres legs pieux n'ont aucun privilege dans cette contribution; cela a été jugé il y a fort longtems contre l'Hôtel-Dieu d'Orléans.

C'est une question si les légataires de corps certains qui se trouvent en nature parmi les biens abandonnés, doivent entrer dans cette contribution avec les légataires de sommes d'argent ou de choses indéterminées, & souffrir dans leurs legs la même diminution que souffriront les autres légataires, ou s'ils doivent prendre le corps certain qui leur est légué, sans entrer dans aucune contribution avec les autres legs? En faveur de la contribution, on cite la Loi 56, §. 4, *ff. ad leg. falc.* qui décide nettement que le legs d'un corps certain & le legs d'une somme d'argent

souffrent l'un & l'autre un semblable retranchement pour la falcidie; on ajoute que le testateur ayant également voulu que les légataires d'une somme d'argent eussent la somme entiere qu'il leur a léguée, comme il a voulu que les légataires de corps certains eussent les corps certains entiers qu'il leur a légués; la condition des uns & des autres qui ont en leur faveur une égale volonté du testateur, doit être égale, & ils doivent par conséquent souffrir un égal retranchement dans leurs legs, lorsque la volonté du testateur ne peut pas s'accomplir en entier.

D'un autre côté, pour le sentiment contraire, on dit que le testateur a, en mourant, transféré la propriété des corps certains qu'il a légués, aux légataires auxquels il les a légués, suivant les principes que nous verrons *infrà*, Ch. 2; ces légataires ont donc droit de se faire délivrer la possession des choses qui leur appartiennent, les dettes de la succession étant une charge de l'universalité des biens, & non de ces corps certains que le testateur en a distraits pour les léguer, suivant cette maxime: *æs alienum universi patrimonii, non singularum rerum onus est.* Les légataires de ces corps certains ne peuvent être tenus des dettes, tant qu'il y a dans l'universalité des biens disponibles de quoi acquitter la part des dettes dont cette universalité est tenue. Ces légataires de corps certains n'ayant rien de commun avec les autres légataires dont les legs doivent être acquittés sur ce qui restera de l'universalité des biens disponibles, il n'y a aucune raison qui puisse obliger ces légataires de corps certains à venir en contribution avec les légataires particuliers de sommes d'argent & autres dont les legs sont payables sur l'universalité des biens disponibles, puisque ces légataires de corps certains n'ont rien à prendre dans cette universalité, étant légataires de choses que le testateur en a distraites & séparées en les leur léguant. A l'égard de ce qui a été allégué ci-dessus en faveur de la contribution, la réponse est que l'argument tiré de la Loi falcidienne n'a ici aucune application; la quarte falcidienne étoit la quarte de tous les biens que le testateur délaissoit lors de sa mort, lorsque ces biens se trouvoient épuisés par les legs, l'héritier avoit droit de retenir sa quarte dans tout ce qui composoit les biens de la succession; il etoit propriétaire par indivis pour un quart des corps certains qui avoient été légués, avec les légataires, qui, au moyen de la falcidienne, n'en étoient propriétaires que pour les trois autres quarts; c'est pourquoi la falcidienne s'exerce également sur les legs de corps certains comme sur les autres; mais dans notre Droit Coutumier, la légitime que nos Coutumes accordent à l'héritier, consistant dans les quatre quints des propres seulement, & ne s'étendant point aux autres biens, les Loix qui concernent la falcidienne n'ont aucune application. A l'égard de l'autre objection, la réponse est que le testateur, en n'assignant aucun corps certain de ses biens aux légataires de sommes d'argent & de choses indéterminées, a voulu qu'ils fussent payés sur ce qui resteroit de l'universalité des biens disponibles, après qu'on en auroit distrait les corps certains dont il avoit spécialement disposé. Cette volonté renferme tacitement la condition, si & autant qu'il se trouvera dans lesdits biens de quoi les acquitter, & en cela ces legs

différent de ceux des corps certains qui ne renferment point une pareille condition, mais qui sont sujets à s'éteindre, si le corps certain qui en fait l'objet venoit à périr. Ce dernier sentiment qui n'assujettit point les légataires de corps certains à la contribution, me paroît le plus probable; c'est celui de Duplessis.

Lorsque le testateur a légué certains héritages propres qui font plus que le quint de ses propres, c'est une grande question si, pour pouvoir retenir sur les propres légués l'excédent du quint que les Coutumes lui permettent de léguer, l'héritier est obligé d'abandonner au légataire tous les biens disponibles auxquels il succede? Pour la négative, on allegue ce brocard de Droit, *voluit quod non potuit, noluit quod potuit.* L'héritier peut retenir l'excédent du quint des propres, parce que le testateur, en le léguant, a voulu ce qu'il ne pouvoit, *voluit quod non potuit*; mais il n'est pas obligé, dit-on, d'abandonner à la place au légataire, les biens disponibles; car on ne peut pas dire qu'il ait voulu les lui léguer, *noluit quod potuit*, & par conséquent le légataire ne peut pas les prétendre.

On ajoute qu'un testateur peut bien, à la vérité léguer les choses d'autrui, & celles qui appartiennent à son héritier, mais qu'il ne peut pas léguer celles dont le legs est spécialement défendu: or, dit-on, tel est l'excédent du quint des propres, puisque nos Coutumes disent absolument, *peut tester de ses meubles & acquêts & quint des propres, & non plus avant.* On ajoute que, suivant la Constitution de Justinien, en la Loi 36, *Cod. de inoff. test.* suivie parmi nous, lorsque quelqu'un a légué l'usufruit de tous ses biens, l'enfant qui retient la propriété de la portion des biens qui lui est due pour sa légitime, n'est pas obligé, pour retenir l'usufruit de cette portion, l'abandonner au légataire, à la place de cet usufruit qu'il lui ôte, la propriété de l'autre portion des biens que le testateur auroit pu léguer, s'il l'eût voulu, d'où l'on conclut *à pari*, que l'héritier n'est pas obligé, pour retenir sa légitime coutumiere dans les propres, d'abandonner les autres biens disponibles. Nonobstant ces raisons, l'opinion de ceux qui pensent que l'héritier ne peut retenir les quatre quints des propres, qu'en abandonnant tous les biens disponibles auxquels il succede, me paroît la plus probable. La Coutume, en réservant à l'héritier les quatre quints des propres du défunt, ne lui peut pas donner plus de droit dans ces propres, qu'il en a dans sa propre chose, par conséquent si, suivant qu'il est défini en droit, il ne peut refuser la prestation du legs de sa propre chose, qu'en abandonnant les biens disponibles auxquels il succede, il ne peut, par la même raison, refuser la prestation du legs des propres, même pour les portions que la Loi lui réserve, qu'en abandonnant au légataire les biens disponibles. La différence qu'on veut mettre pour se tirer de cet argument entre le legs de la propre chose de l'héritier, & le legs des quatre quints des propres, en disant qu'aucune Loi ne défend de léguer la chose de son héritier, & que notre Loi Municipale défend de léguer les quatre quints des propres, n'a aucune solidité; car premierement on ne trouvera pas que nos Coutumes de Paris & d'Orléans défendent expressément de léguer les quatre quints des pro-

pres ; ces termes, *& non plus avant*, qui se trouvent après ceux-ci, *peuvent disposer par Testament...... de tous leurs biens meubles, acquêts & conquêts immeubles, & de la cinquieme partie de tous leurs propres héritages*, se rapportent à toute la phrase, & non pas seulement aux derniers mots, *& de la cinquieme partie de tous leurs propres*, & par conséquent la Loi ne défend pas simplement de disposer *plus avant* que de la cinquieme partie des propres ; mais elle défend de disposer *plus avant que de tous les meubles, acquêts & quints des propres*, la Loi n'a donc pas tant voulu annuller le legs de ce qui excéderoit le quint des propres qu'elle a voulu conserver à l'héritier cet excédent, & lui permettre de le retenir en abandonnant à la place au légataire les autres biens disponibles auxquels il succede, & il paroît que c'est son esprit, par l'art. 195, par lequel elle lui permet de faire cet abandon. 2°. Quand même la Loi, en permettant de léguer le quint des propres avec les autres biens disponibles, auroit expressément défendu de disposer des quatre autres quints, cette défense qui ne se seroit faite que pour l'intérêt de l'héritier à qui la Loi veut les conserver, n'auroit d'autre effet que de donner à l'héritier le droit de les retenir, en abandonnant les biens disponibles que le testateur lui a laissés, pouvant les lui ôter ; ce qui se prouve par l'exemple du legs qu'un mari a fait d'un fonds dotal de sa femme, certainement toute disposition du fonds dotal soit entre-vifs, soit Testamentaire, est expressément défendue au mari par la Loi *Julia ;* néanmoins le Jurisconsulte en la Loi 13, §. 4, ff. *de fund. dotal.* décide que le legs du fonds dotal est valable, lorsque le mari a institué héritier sa femme, à qui le fonds dotal devoit être rendu, & qu'il lui laisse dans sa succession autant ou plus que ne vaut le fonds dotal, & la raison est parce que la femme, pour l'intérêt de laquelle la défense de l'aliénation du fonds dotal est faite, se trouve hors d'intérêt, trouvant dans la succession des biens qui équipollent à ce fonds dotal, & ayant même la liberté de le conserver, en n'acceptant pas la succession ; par la même raison, le legs des propres, même pour les quatre quints, doit valoir ; lorsque le testateur laisse à la place à son héritier d'autres biens dont il auroit pu disposer, puisque cet héritier, pour l'intérêt duquel la Loi a été faite, a d'autres biens à la place des quatre quints des propres, & qu'il est même le maître de les retenir en abandonnant les autres biens. On voudra peut-être établir une différence entre la femme pour le fonds dotal, & l'héritier pour les quatre quints des propres, en disant que la Loi *Julia* ayant eu en vue de conserver une dot à la femme, pour qu'elle puisse se remarier, il est indifférent pour cette vue qu'elle ait son fonds dotal ou d'autres biens à la place, au lieu que la vue de la Coutume étant de conserver les propres dans les familles, il n'est pas indifférent pour la vue de la Loi que ce soit ces propres ou d'autres biens à la place qui soient réservés à l'héritier, la réponse est qu'il suffit, pour remplir la vue de la Coutume, que l'héritier demeure le maître de conserver ces propres, en abandonnant les biens disponibles, qu'il ne peut pas avoir plus d'affection aux propres de la succession du testateur qu'à ses propres biens ; néanmoins on convient que le legs de la propre chose de

l'héritier est valable; pourquoi celui des propres du testateur ne le seroit-il pas, même pour les quatre quints, lorsque le testateur laisse à l'héritier d'autres biens disponibles, qu'il est le maître d'abandonner, s'il veut conserver lesdits quatre quints?

A l'égard de l'argument qu'on tire de la constitution de Justinien, qui, dans le cas d'un legs d'usufruit de tous les biens, permet à l'enfant légitimaire de retenir la pleine propriété de sa légitime, sans être obligé d'abandonner au légataire la propriété de l'autre portion des biens de la succession dont le testateur auroit pu disposer, la réponse est que cette Constitution contenant un droit singulier qui n'est fondé que sur la grande faveur de la légitime de droit, ne doit pas être étendue à la légitime coutumiere, qui n'a pas la même faveur.

L'opinion que nous avons suivie est celle de Dumoulin sur la Coutume de Paris, & en ses notes sur les Coutumes de Montargis & d'Auvergne. Ricard l'accuse mal-à-propos de tomber en contradiction avec lui-même par sa note sur l'article 263 de la Coutume de Rheims.

La Jurisprudence n'est pas bien certaine sur cette question; il y a beaucoup d'Arrêts pour & contre, & il y en a un assez moderne contraire à notre opinion. Ricard & Duplessis apportent un tempérament à l'opinion que nous avons embrassée; ils pensent que l'héritier qui veut retenir les quatre quints des propres qui ont été légués, ne doit pas être obligé d'abandonner précisément aux légataires tous les biens disponibles, & qu'il doit suffire qu'il en abandonne jusqu'à la concurrence de la valeur des quatre quints qu'il veut retenir; ce tempérament est rejetté par Dufresne en son Journal des Audiences, & le sentiment de Dufresne paroît plus conforme aux principes de Droit, qui ne permettent pas à l'héritier grevé du legs de sa propre chose d'en donner l'estimation à la place.

C'est une question qui dépend de la décision de la précédente, de savoir si, lorsque le testateur a légué tous les propres situés dans une Coutume, l'héritier qui veut retenir la portion que cette Coutume lui réserve, est obligé d'abandonner au légataire les portions disponibles des propres situés dans les autres Coutumes. Dumoulin décide pour l'affirmative; car en sa note sur l'art. 4, chap. 12 de la Coutume d'Auvergne qui défend de léguer plus du quart de ses biens; il dit: *Fallit si habet bona alibi sita, ubi potest ampliùs légare, quia residuum capietur in bonis alibi sitis.*

Lorsque l'héritier aux propres, qui retranche du legs d'un héritage propre les quatre quints que la Loi lui réserve, n'est point l'héritier des autres biens disponibles, le légataire peut-il demander aux héritiers des biens disponibles l'estimation des quatre quints des propres qui lui ont ont été retranchés? Dumoulin sur Paris, §. 93, décide qu'il ne le peut, *quia*, dit-il, *legatum est de certo corpore;* or, le testateur qui legue un corps certain de sa succession, n'est censé charger de ce legs que ceux de ses héritiers qui y succedent, comme nous le verrons par la suite; ne pourroit-on pas dire que cette regle n'a lieu que, lorsque l'héritier qui succede à ce corps certain, pouvoit être chargé de la prestation du legs

de ce corps certain, mais que, lorſqu'il ne pouvoit pas en être chargé; le teſtateur doit être préſumé en avoir chargé ſes autres héritiers qui n'y ſuccedent pas? Il eſt certain qu'il pouvoit, s'il eût voulu, charger de la preſtation des quatre quints des propres l'héritier de l'autre ligne, puiſqu'on peut charger ſon héritier de la preſtation du legs de la choſe d'autrui; or, on ne doit pas préſumer qu'il l'a voulu, puiſqu'il n'avoit pas d'autres moyens de les léguer valablement, qu'en chargeant de la preſtation de ces quatre quints l'héritier de l'autre ligne, qui ſuccede à ſes biens diſponibles, & qu'il en pouvoit ſeul charger, & que c'eſt une maxime puiſée dans la nature, que quiconque veut la fin, eſt cenſé vouloir les moyens obviés & néceſſaires pour y parvenir.

Nonobſtant ces raiſons, je ne crois pas que le légataire puiſſe réuſſir dans ſa demande contre les héritiers aux meubles & acquêts, car ſi, ſur les queſtions précédentes, ce n'eſt qu'avec grande peine qu'on s'eſt déterminé à récompenſer le légataire ſur les meubles & acquêts, lorſque c'eſt le même héritier qui ſuccede aux propres, & aux meubles & acquêts, & que la Juriſprudence n'en eſt pas même bien conſtante, cette récompenſe doit ſouffrir infiniment plus de difficulté, lorſque ce ne ſont pas les mêmes héritiers.



CHAPITRE V.

De l'exécution des Testamens ; de l'effet des legs, & des actions des Légataires.

SECTION PREMIERE.

Des Exécuteurs Testamentaires.

QUOIQUE l'héritier soit chargé de droit de l'exécution des dernieres volontés du défunt, & qu'il ne soit pas nécessaire d'en charger d'autres personnes, néanmoins il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte & plus diligente exécution de leurs dernieres volontés, nomment, par leurs Testamens, des personnes à qui ils la confient ; on les appelle exécuteurs testamentaires.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de la charge d'Exécuteur Testamentaire, & quelles personnes peuvent la remplir.

La charge d'exécuteur testamentaire n'est point une charge publique, c'est un simple office d'ami ; d'où il résulte, 1°. que cette charge est volontaire, & que les personnes que le testateur a nommées pour ses exécuteurs testamentaires ne peuvent être forcées à accepter cette charge.

De-là il suit, 2°. que les personnes qui ne sont pas capables de fonctions publique, & offices civils, ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs, pourvu néanmoins qu'elles soient capables de s'obliger ; car un exécuteur étant comptable de son exécution, doit être capable de s'obliger à la reddition de son compte.

Il suit de ces principes, qu'une femme peut être exécutrice testamentaire, quoiqu'elle ne soit pas capable des fonctions publiques & offices civils.

Si néanmoins elle est sous puissance de mari, elle ne peut accepter, ni exercer cette charge qu'avec l'autorité de son mari, parce que cette autorité lui est nécessaire pour s'obliger ; un Moine ne peut être exécuteur testamentaire, parce qu'il ne peut s'obliger.

Un mineur ne peut être exécuteur testamentaire, parce qu'étant restituable contre les obligations qu'il contracte, il ne s'oblige pas efficacement.

Néanmoins, s'il étoit émancipé, & que l'objet de l'exécution testamentaire, étant peu considérable, les obligations qui en pourroient résulter fussent proportionnées à ses revenus, dont l'émancipation lui donne droit de disposer, il ne devroit pas être exclus de l'exécution.

Un homme sans biens peut-il être exécuteur testamentaire? Il semble que non, puisqu'il faut qu'un exécuteur puisse s'obliger, & que vis-à-vis de ceux à qui il doit rendre compte de son exécution, ce soit presque même chose qu'il ne puisse s'obliger, ou qu'il soit sans biens, *cùm perindè sit non habere actionem & habere inanem*; néanmoins, *in praxi*, un homme, quoique sans biens, ne peut guère être refusé pour exécuteur testamentaire; car les héritiers ne sont pas recevables à demander qu'il justifie sa solvabilité, ni encore moins qu'il donne caution, le testateur ayant suivi sa foi, les héritiers doivent la suivre; on peut aussi tirer argument de ce qui est décidé en Droit, que la pauvreté n'est pas une raison pour exclure d'une tutelle celui que le testateur a nommé pour tuteur de ses enfans.

Que s'il étoit survenu un dérangement considérable dans les affaires de l'exécuteur testamentaire depuis le Testament, surtout s'il avoit fait faillite, il pourroit être exclus de l'exécution testamentaire; car alors il y a lieu de présumer que, si le testateur eût prévu ce qui est arrivé, il ne l'auroit pas nommé pour son exécuteur.

Il reste à observer qu'on peut nommer pour exécuteurs testamentaires, même ceux *quibuscum non est Testamenti factio*, c'est-à-dire, envers lesquels on ne peut pas disposer par testament.

C'est pourquoi dans nos Coutumes, qui ne permettent pas au mari de rien laisser par Testament à sa femme, *aut vice versâ*, un mari ne laisse pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire.

Par la même raison, je pense qu'on peut nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé; car c'est un pur office d'ami, comme nous l'avons vu, ce n'est point un office civil, ni encore moins une fonction publique dont les étrangers sont incapables.

Observez que, lorsque le testateur a nommé pour exécuteur testamentaire une personne à qui il n'est pas permis de rien laisser par Testament, il ne laisse pas de pouvoir lui faire, par son Testament, un présent modique pour le récompenser des soins de l'exécution.

ARTICLE II.

De la Saisine des Exécuteurs Testamentaires.

§. I.

Ce que c'est, & quelle est l'origine de ce Droit.

Le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine, que les Coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire, pour l'accomplissement

l'accomplissement du Testament. Cette saisine est compatible avec celle de l'héritier ; car cette saisine, qui est accordée à l'exécuteur, n'est pas une vraie possession ; l'exécuteur, par cette saisine, est constitué sequestre ; il n'est en possession qu'au nom de l'héritier ; c'est l'héritier qui est le vrai possesseur de tous les biens de la succession, suivant la regle, *le mort saisit le vif ;* c'est la doctrine de Dumoulin, qui, sur l'art. 95, de Paris, dit : *Hæc consuetudo non facit quin hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere & apprehendere... & etiam executor non est verus possessor, & nisi ut procurator tantùm.*

Cette saisine des exécuteurs testamentaires est de Droit coutumier, & ne vient point du Droit Romain. Quelquefois, chez les Romains, un testateur nommoit une personne qui n'étoit, ni son héritier, ni son légataire, pour exécuter les legs d'alimens qu'il avoit faits à ses affranchis, ou à d'autres personnes ; mais cet exécuteur testamentaire devoit recevoir des mains de l'héritier les sommes, ou autres choses, que le testateur avoit destinées pour la prestation desdits alimens.

§. I I.

De l'étendue de cette Saisine.

Nos Coutumes sont différentes sur l'étendue qu'elles donnent à la saisine de l'exécuteur testamentaire. La Coutume de Paris, *art.* 297, & la plupart des Coutumes saisissent l'exécuteur testamentaire des biens meubles de la succession durant l'an & jour du décès, pour l'accomplissement du Testament. La Coutume d'Orléans, *art.* 290, & quelques autres, saisissent l'exécuteur non-seulement des meubles, mais même des héritages de la succession.

Une autre différence entre la Coutume de Paris & celle d'Orléans, est que celle de Paris saisit indéfiniment l'exécuteur des biens meubles de la succession ; elle ne restreint point cette saisine à ce qui est précisément nécessaire pour l'accomplissement du Testament ; c'est pourquoi il y a lieu de penser que dans la Coutume de Paris, l'héritier ne seroit pas recevable, pour exclure l'exécuteur de cette saisine, de lui offrir somme à suffire pour l'accomplissement du Testament. La Coutume de Meaux peut en cela servir d'interprétation à celle de Paris ; elle porte en ces termes, en l'*art.* 340, & supposé que l'héritier offre accomplir le Testament & bailler caution, ou laisser ès mains de l'exécuteur autant que monte le clair du Testament, l'exécuteur, toutefois dedans l'an & jour, ne sera dessaisi.

Au contraire, la Coutume d'Orléans restreint la saisine des biens meubles & immeubles de la succession qu'elle accorde à l'exécuteur, à la concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du Testament ; car elle s'exprime ainsi, *art.* 290, *les exécuteurs sont saisis des biens meubles & héritages du testateur, jusqu'à la valeur & accomplissement du Testament.*

C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans notre Coutume, que l'héritier est recevable à empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en offrant de lui remettre entre les mains somme à suffire pour l'accomplissement du Testament.

Observez que l'accomplissement du Testament comprend, non-seulement l'acquittement des legs, mais aussi celui des dettes mobilières de la succession; car l'acquittement de ces dettes fait partie de l'exécution testamentaire, suivant que cela est formellement exprimé en l'*art.* 291 de notre Coutume, ce qui vient de ce que c'étoit autrefois une clause ordinaire des Testamens, que le testateur ordonnoit que ses dettes fussent acquittées, & cette clause étant clause ordinaire des Testamens y est toujours sous-entendue, quand même elle n'y seroit pas exprimée.

§. III.

Si le Testateur peut restreindre la Saisine de l'Exécuteur, & s'il peut l'étendre.

Le testateur peut, soit dans la Coutume de Paris, soit dans la Coutume d'Orléans, restreindre cette saisine de l'exécuteur à une certaine somme; cela est porté par l'*art.* 297 de Paris, & 290 d'Orléans; il n'est pas douteux qu'en ce cas, l'héritier peut empêcher l'exécuteur d'être en possession des biens de la succession, en lui offrant la somme portée par le Testament, quand même elle ne seroit pas suffisante pour son accomplissement.

Mais, quoique le testateur ait déterminé la somme dont son exécuteur seroit saisi, l'exécuteur n'est pas pour cela réduit au droit de demander cette somme à l'héritier, & tant que l'héritier ne la lui offre pas, l'exécuteur peut de lui-même se mettre en possession des biens de la succession, jusqu'à concurrence néanmoins de cette somme, à moins que le testateur n'eût expressément décidé que l'exécuteur recevroit cette somme de son héritier.

Observez que, lorsque la somme dont le testateur a voulu que son exécuteur fût saisi, n'est pas suffisante pour l'entier accomplissement du Testament, l'exécution testamentaire ne laisse pas de s'étendre à tout le Testament, mais l'exécuteur ne peut se mettre de lui-même en possession des biens du testateur, que jusqu'à concurrence de la somme réglée par le Testament, & il doit recevoir des mains de l'héritier le surplus de ce qui est nécessaire pour l'entier accomplissement du Testament. Le testateur peut bien restreindre la saisine que les Coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire; mais peut-il l'étendre? Par exemple, dans la Coutume de Paris, le testateur pourroit-il ordonner que l'exécuteur seroit saisi non-seulement de ses meubles, mais même de ses héritages? Pourroit-il, dans la Coutume d'Orléans, ordonner qu'il seroit saisi de ses biens jusqu'à concurrence d'une somme plus grande que celle à laquelle monte l'exé-

cution du Testament ? Je ne le pense pas ; car c'est par la vertu de la Loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur ; comme c'est en faveur du testateur que la Loi l'accorde, le testateur peut bien déroger à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur, & le restreindre, mais il ne peut l'étendre ; car il ne peut par sa seule volonté saisir de ses biens après sa mort son exécuteur, n'y ayant que la Loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur ne peut l'accorder au-delà de ce que la Loi accorde. C'est l'avis de Ricard, qui est mal-à-propos rejetté par Lemaître.

§. IV.

Des effets de la Saisine de l'Exécuteur.

Les effets de la saisine de l'exécuteur testamentaire, sont que l'exécuteur peut se mettre de lui-même en possession des biens de la succession, dont la Coutume le saisit, en faisant néanmoins par lui un inventaire en présence des héritiers, ou eux appellés lorsqu'ils sont sur le lieu ; sinon en présence du Procureur du Roi ou Fiscal, comme nous le verrons par la suite.

L'exécuteur peut vendre à sa requête les meubles ; mais il doit faire cette vente du consentement de l'héritier, & si l'héritier n'y consent pas, il doit l'assigner pour faire ordonner cette vente par le Juge, ce que l'héritier ne pourra empêcher, à moins qu'il n'offrît de remettre à l'exécuteur les sommes nécessaires pour l'exécution du Testament.

C'est la doctrine de Dumoulin sur l'art. 95, n. 10, *potest apprehendere, non autem vendere, sine hærede.*

Quoique la Coutume de Paris le saisisse indéfiniment de tous les meubles, néanmoins le Juge ne lui doit permettre d'en vendre, que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour l'accomplissement du Testament ; *non potest vendere sine hærede, & usque ad concurrentiam tantùm. Mol. d. loco.*

A l'égard des héritages, quoique la Coutume d'Orléans saisisse même des héritages l'exécuteur testamentaire ; il ne peut ni les vendre, ni faire condamner l'héritier à en faire souffrir la vente, la saisine que la Coutume lui en accorde n'étant qu'à l'effet d'en toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution.

Il ne peut pas même en faire les baux ; le temps de son exécution étant trop court.

C'est une suite de la saisine des biens meubles de la succession que l'exécuteur peut, en sa qualité d'exécuteur, contraindre au paiement les débiteurs de la succession, & recevoir ce qu'ils doivent ; & s'il n'y a point de titre exécutoire contre eux, il peut, en sa qualité, donner contre les débiteurs des demandes en Justice.

Mais il ne pourroit pas, dans la Coutume de Paris recevoir le remboursement d'une rente, parce que cette Coutume ne le saisit que des biens meubles.

Dans la Coutume d'Orléans, qui saisit même des héritages, l'exécuteur testamentaire, il sembleroit que l'exécuteur pourroit recevoir le remboursement des rentes dues à la succession; néanmoins, comme ce remboursement contient une aliénation d'immeubles, il est de la sûreté du débiteur de faire ce remboursement à l'héritier.

L'exécuteur étant saisi même des héritages dans la Coutume d'Orléans, c'est une suite qu'il peut intenter les actions pour raison de ces héritages.

C'est pourquoi notre Coutume, *art.* 296 dit qu'il peut intenter complainte, ce qui doit s'entendre en ce sens, qu'il peut intenter cette action en sa qualité d'exécuteur, & de Procureur légal de l'héritier, ou de la succession, contre des tiers qui le troubleroient en la possession, en laquelle il est au nom de l'héritier, ou de la succession.

Peut-il l'intenter contre l'héritier lui-même, qui le troubleroit dans la saisine des biens de la succession que la Coutume lui accorde? Lalande a dit mal-à-propos qu'il le pouvoit; l'héritier étant le vrai possesseur des biens de la succession, l'exécuteur ne les possédant qu'en son nom, il est évident qu'il ne peut pas former contre lui la complainte; il a seulement en ce cas une action qu'on appelle en Droit *in factum*, par laquelle il peut conclure à ce qu'il soit fait des défenses à l'héritier de le troubler dans la disposition qu'il doit avoir des biens de la succession, pour l'accomplissement du Testament.

L'exécuteur peut aussi, dans notre Coutume d'Orléans, intenter les actions pétitoires, pour raison des héritages & droits appartenans à la succession, telles que l'action de revendication, l'action hypothécaire, &c. elle s'en explique formellement, *art.* 291, « peut intenter toutes actions possessoires, péti» toires, personnelles & autres. »

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs, un seul peut intenter ces actions; on peut tirer argument de la Loi 24, §. 1, ff. *de admin. tut.*

Notre Coutume d'Orléans donne aussi pouvoir à l'exécuteur testamentaire de défendre aux actions non-seulement des légataires, mais à celles des créanciers de la succession pour dettes mobilières; car l'acquittement de ces dettes, comme celui des legs, entre dans l'exécution. Notre Coutume le décide expressément, art. 291, *lesdits exécuteurs .... peuvent dedans l'an être convenus, & doivent, comme exécuteurs, répondre des dettes & choses mentionnées audit Testament.*

Ils font néanmoins prudemment de dénoncer ces actions à l'héritier; car, faute de le faire, l'exécuteur s'exposeroit à des contestations avec l'héritier qui pourroit soutenir qu'il n'a pas bien défendu aux demandes contre lui données, qu'il y avoit de bons moyens pour en obtenir le congé, & sur ce prétexte, refuser de lui passer ce qu'il auroit été condamné de payer.

Les intérêts doivent-ils courir au profit du créancier, ou du légataire qui a donné sa demande contre l'exécuteur, du jour de cette demande,

ou ſeulement du jour qu'elle a été dénoncée à l'héritier ? Dupleſſis dit qu'ils ne doivent courir que du jour de la dénonciation, parce que ce n'eſt que de ce jour que l'héritier, qui eſt le vrai débiteur, eſt conſtitué en demeure. Je penſe qu'ils doivent courir du jour de la demande donnée contre l'exécuteur, la Coutume autoriſant à donner la demande contre l'exécuteur, cette demande met l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le repréſente, comme un mineur eſt mis en demeure par l'interpellation faite à ſon tuteur. Il eſt vrai que l'héritier, à qui l'exécuteur aura tardé à dénoncer la demande, pourra refuſer de paſſer à l'exécuteur les intérêts avant la dénonciation, mais ils ſont dûs au demandeur.

ARTICLE III.

Des obligations de l'Exécuteur Teſtamentaire.

§. I.

De l'Inventaire.

La premiere obligation de l'exécuteur teſtamentaire, qui a accepté cette charge, eſt de faire inventaire des effets de la ſucceſſion; ce n'eſt qu'en faiſant cet inventaire qu'il eſt ſaiſi des biens de la ſucceſſion; il ne doit point s'immiſcer auparavant, à moins que ce ne ſoit pour choſes urgentes, comme par exemple, ce qui concerne les obſéques du défunt.

Cet inventaire doit être fait avec les héritiers, s'il y en a d'apparens dans le lieu, l'exécuteur n'eſt pas obligé de chercher ceux qui ſeroient hors l'étendue du Bailliage; à défaut d'héritiers, il doit faire ſon inventaire en préſence du Procureur du Roi, ou autre Officier chargé du miniſtere public, dans la Juriſdiction du domicile qu'avoit le teſtateur lors de ſon décès.

C'eſt une queſtion entre les Auteurs François, ſi le teſtateur peut remettre à l'exécuteur teſtamentaire l'obligation de faire inventaire ? Ricard penſe qu'il le peut, par la raiſon que, qui peut le plus, peut le moins; *qui poteſt plus, poteſt & minùs*, d'où il conclut que le teſtateur, qui pouvoit léguer à ſon exécuteur tous ſes meubles, peut, à plus forte raiſon, le décharger d'en faire inventaire, cette décharge de faire inventaire étant un bien moindre avantage que le legs qui en ſeroit fait à l'exécuteur. On tire auſſi argument de la Loi *fin. cod. arb. tut.* qui, par une raiſon ſemblable, permet au teſtateur de remettre l'obligation de faire inventaire à un tuteur teſtamentaire. Nonobſtant ces raiſons, je crois préférable le ſentiment de Bacquet, Tronçon & autres, qui penſent que l'exécuteur n'en peut être diſpenſé. La raiſon eſt que l'exécuteur, tenant de la Loi la ſaiſine des biens de la ſucceſſion, plutôt que du teſtateur, qui ne peut par ſa ſeule volonté la lui donner après ſa mort; il ne peut l'avoir que ſous les conditions ſous leſquelles la Loi la lui accorde.

§. II.

De la Gestion de l'Exécuteur.

L'exécuteur, après qu'il a fait inventaire doit acquitter les legs portés par le Testament, & les dettes mobilières des deniers qu'il a trouvés dans la succession, s'ils suffisent; mais il doit requérir pour cela le consentement de l'héritier, & s'il le refuse, le faire ordonner par le Juge, sans quoi il courroit le risque que l'héritier, qui prétendroit avoir de bons moyens pour se défendre de payer ce qui a été payé pour lui par l'exécuteur, refusât de lui passer dans son compte ce qu'il auroit payé.

Si les deniers trouvés dans la succession, ou ce qui peut être promptement exigé par les débiteurs, ne suffit pas pour acquitter les dettes mobilières & les legs, l'exécuteur doit faire procéder à une vente publique des meubles jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour les acquitter; mais, comme nous l'avons déjà dit, il doit faire cette vente avec le consentement de l'héritier, ou en vertu d'une sentence du Juge qui l'aura ordonnée sur la demande que l'exécuteur en aura formée contre l'héritier.

Dans notre Coutume, où l'exécuteur est saisi même des héritages, l'exécuteur, pendant le temps de son exécution, les doit faire valoir, faire faire les vendanges, acheter les tonneaux, &c.

§. III.

Du Compte d'exécution.

L'exécuteur doit rendre compte de son exécution à l'héritier, ou autres successeurs universels.

Si le testateur l'avoit par son Testament déchargé de rendre compte, cette décharge ne le dispenseroit pas de rendre aucun compte; & tout l'effet seroit qu'on ne pourroit le rendre responsable de ce qu'il auroit pu pécher par négligence dans le cours de son exécution, *arg. L.* 5, §. 7, *ff. de adm. tutor.*

L'exécuteur ne peut coucher en mise que ce qu'il a dépensé, & ne peut prétendre aucun salaire pour les soins qu'il s'est donnés; car l'exécution testamentaire est un service d'ami, qui de sa nature est gratuit; mais, il est d'usage que le testateur fasse, par son Testament, un présent à son exécuteur, en reconnoissance des soins qu'il se donnera pour l'exécution. L'exécuteur qui a accepté la charge, doit avoir ce présent; & s'il refuse l'exécution, il ne peut le demander.

Lorsque l'exécuteur se trouve créancier par son compte pour les dettes & legs qu'il a acquittés; il a, selon Dumoulin, une hypothèque tacite sur les biens de la succession qu'il a déchargée, avec cette différence que, si

c'est pour acquittement de dettes même chirographaires qu'il est créancier, il a cette hypotheque sur tous les biens de la succession, tant sur les propres que sur les autres; que s'il est créancier pour des legs qu'il a acquittés, il n'a cette hypotheque que sur les biens disponibles. *Mol. sur l'art. 95 de l'anc. Cout. de Paris.*

ARTICLE IV.

Quand finit l'exécution testamentaire.

Les Coutumes ont restreint l'exécution testamentaire au temps d'un an; afin que les héritiers ne soient pas trop long-temps privés de la jouissance des biens de la succession, sur le prétexte que le Testament ne seroit pas encore exécuté.

Quoique les Coutumes disent, *l'an du décès*, cependant il ne court que du jour que l'exécuteur a été ou a pu se mettre en possession des biens de la succession; si on lui a fait des contestations, & que le Testament ait été contesté, l'an ne court que du jour que les contestations ont été terminées. C'est la doctrine de Dumoulin, art. 95, n. 16. *Nota*, dit-il, *annum hic utilem à tempore Testamenti aperti, & cessantis impedimenti*; & Lemaître rapporte un Arrêt qui a jugé, que l'année de l'exécution ne devoit courir que du jour de l'Arrêt qui a mis fin à des contestations sur un Testament.

Mais, lorsque l'exécuteur a été saisi des biens de la succession, ou a pu l'être, l'an court, & après l'an révolu, l'exécuteur ne peut plus demeurer en possession, quoique le Testament n'ait été, ou n'ait pu encore être exécuté.

C'est pourquoi, quand il y auroit des legs, dont la condition ne dût exister qu'après l'année, l'acquittement de ces legs, lorsque la condition viendroit à exister, ne concerneroit plus l'exécuteur, dont la charge finit après l'année révolue, & le légataire ne pourroit s'adresser qu'à l'héritier.

Encore moins l'exécuteur pourroit-il prétendre de demeurer, après l'année, en possession des biens de la succession, jusqu'à l'existence de la condition.

Néanmoins, si les heritiers n'étoient pas solvables, & que les biens de la succession, ne consistant qu'en mobilier, il y eût risque qu'ils ne les dissipassent, l'exécuteur seroit en droit d'exiger caution des héritiers pour sûreté des legs, dont la condition est pendante; c'est ce que décide Dumoulin, *art. 95 n. 7 & 8*, à l'occasion d'un legs d'une somme de 200 écus, qu'un Prêtre avoit léguée à sa bâtarde, lorsqu'elle seroit nubile.

L'exécution testamentaire peut aussi finir, avant l'an révolu, par la mort de l'exécuteur testamentaire; car cette charge est personnelle, & ne passe point aux héritiers de l'exécuteur, qui succedent seulement à l'obligation de rendre compte de ce que le défunt a géré.

Si néanmoins le testateur avoit considéré, dans le choix de son exécuteur, plutôt une certaine qualité que la personne, comme s'il avoit nommé pour exécuteur le Procureur du Roi, le Doyen des Avocats, en ce cas, l'exécution testamentaire ne finiroit pas par la mort, parce que l'exécution en ce cas n'étoit pas confiée à la personne qui est morte, mais à sa qualité de Procureur du Roi, ou de Doyen des Avocats, qui ne meurt point, & passe après lui à un autre.

SECTION II.

De l'effet des Legs.

§. I.

De quand les Legs ont-ils effet ?

Il est de la nature des Testamens qu'ils n'aient aucun effet, & n'attribuent aucun droit aux légataires, tant que le testateur vit. Le testateur, tant qu'il vit, est maître de son Testament, & en conséquence, il a été jugé qu'il s'en pouvoit faire rendre la minute par le Notaire. *Voy. Soefve*, 11, 144.

Mais, dès l'instant de la mort du testateur, les legs qui y sont contenus ont effet, & font acquérir un droit aux légataires, à moins qu'ils ne soient suspendus par une condition, auquel cas ils n'ont leur effet que du jour de l'existence de la condition.

Si le testateur y a seulement apposé un terme d'un temps certain & déterminé, ce terme n'a d'autre effet que de retarder l'exigibilité du legs jusqu'à l'expiration du terme; mais il n'empêche pas que le droit qui résulte du legs, ne soit ouvert & acquis au légataire du jour de la mort du testateur, même avant l'échéance du terme; c'est ce que décident les Loix, *si post diem legata sint relicta simili modo atque in puris dies cedit. L.* 5, §. 1, ff. *qu. dies leg. ced. Dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. L.* 21, ff. *h. tit.*

Cette décision a lieu, lorsque le temps apposé au legs est un temps certain & déterminé, comme lorsque le testateur a légué ainsi : Je charge mon héritier de donner à un tel la somme de tant, six mois après mon décès. Il en est autrement lorsque le temps apposé au legs est un temps incertain, car il équipolle à une condition, & rend le legs conditionnel. *D. L.* 21, *dies incertus pro conditione est.* Par exemple, si le testateur avoit légué une certaine somme à un jeune homme, lors de sa majorité, le legs seroit conditionnel, n'auroit aucun effet, & ne donneroit aucun droit au légataire avant sa majorité, parce que ce légataire pouvant mourir avant que d'être majeur, le temps de sa majorité est un temps incertain.

Quoique le temps apposé au legs doive certainement arriver; s'il est incertain quand il arrivera, & s'il arrivera du vivant du légataire, il passe pour

pour un temps incertain, & rend le legs conditionnel; par exemple, si on a légué à Pierre la somme de tant, le jour que mourra Paul, c'est un legs conditionnel, qui ne peut avoir aucun effet avant la mort de Paul; car, quoiqu'il soit certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand ce jour viendra, & s'il viendra du vivant du légataire.

Observez qu'on doit faire une grande attention, si le temps incertain est apposé à la disposition même, comme dans les exemples ci-dessus rapportés, auquel cas il rend le legs conditionnel; mais il en est autrement, si le temps n'est apposé que pour l'exécution du legs, par exemple, si le testateur a dit: Je legue une telle somme à Pierre, qui lui sera payée le jour qu'il sera majeur, ou qui lui sera payée le jour que Paul mourra, le legs est pur & simple, & le droit en est acquis au légataire du jour de la mort du testateur; car, ces termes, *le jour qu'il sera majeur, le jour que Paul mourra*, ne se réferent pas à ceux-ci: Je legue une telle somme, mais seulement à ceux-ci, qui lui sera payée, ils ne concernent pas par conséquent la disposition même, mais seulement l'exécution & le paiement qui s'en doit faire, & par conséquent ils ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui résulte du legs qui lui a été acquis dès le jour du décès du testateur.

§. II.

Quelles droits résultent du Legs.

Lorsque le legs est d'un corps certain de la succession, dont le testateur étoit propriétaire lors de sa mort, & que le legs est pur & simple, la propriété de la chose léguée est censée passer de plein droit, & sans aucun fait ni tradition, de la personne du testateur, en celle du légataire; c'est une des manieres d'acquérir du droit civil que nous avons adoptée dans notre Droit.

De-là il suit, 1°. que l'héritier ne peut aliéner la chose léguée. 2°. Que si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers l'héritage voisin, appartenant à l'héritier, ou que celui de l'héritier en fût chargé envers l'héritage légué, il ne se fait aucune confusion de ces droits de servitude, l'héritage légué étant censé n'avoir jamais appartenu à l'héritier.

Que si le legs est conditionnel, l'héritier, jusqu'à l'existence de la condition, est propriétaire de la chose léguée; c'est pourquoi il peut l'aliéner, & il se fait confusion des droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, ou le sien sur l'héritage légué.

Mais, lorsque la condition vient à exister, la propriété de la chose léguée passe de plein droit, sans aucun fait ni tradition, en la personne du légataire.

Cela a lieu quand l'héritier, avant l'échéance de la condition, auroit aliéné à un tiers la chose léguée; car, n'ayant de cette chose qu'une propriété, qui devoit se résoudre & passer en la personne du légataire par l'existence de la condition, il n'a pu la transférer à celui à qui il a aliéné la chose, que telle qu'il l'avoit, *cùm nemo plus juris ad alium transferre possit quàm ipse haberet.*

Il doit rétablir les droits de servitude que l'héritage légué avoit sur le sien, & qui se sont éteints par la confusion, pendant qu'il a été propriétaire de l'héritage légué, & *vice versâ*, si l'héritage légué étoit chargé de quelques droits de servitude envers celui de l'héritier, le légataire les doit rétablir; car le légataire doit avoir l'héritage *eodem jure* que l'avoit le testateur lors de sa mort.

La propriété de la chose léguée passe à la vérité au légataire, sans aucun fait ni tradition, du jour de la mort du testateur, lorsque le legs est pur & simple, ou du jour de l'existence de la condition, lorsqu'il est conditionnel; mais il n'en acquiert la possession que du jour de la tradition & délivrance qui lui en est faite; jusqu'à cette tradition, l'héritier est le juste possesseur des choses léguées, comme de toutes les autres choses de la succession, & le légataire est obligé de lui en demander la délivrance, & il ne peut de lui-même s'en mettre en possession; s'il le faisoit, ce seroit une voie de fait pour raison de laquelle l'héritier pourroit se pourvoir contre lui.

Cette décision a lieu, quand même le testateur auroit ordonné par son Testament, que les légataires seroient saisis de plein droit des choses qu'il leur legue, & qu'ils pourroient s'en mettre d'eux-mêmes en possession; car, le testateur ne peut pas, par sa volonté, transférer aux légataires la possession des choses que la loi transfere à son héritier, & il ne peut pas non plus permettre une voie de fait, en permettant aux légataires de se mettre, de leur autorité privée, en possession des choses dont l'héritier est saisi; c'est le cas de la maxime, *nemo potest cavere ne leges in suo Testamento locum habeant*, & de celle-ci, *non est privatis concedendum quod publicè per Magistratûs auctoritatem fieri debet.*

Le légataire ne peut pas même valablement obtenir du Juge la délivrance des choses qui lui sont léguées, que sur une demande donnée contre l'héritier à qui il doit demander cette délivrance; c'est pourquoi, par arrêt du 16 Mars 1677, rapporté au sixieme volume du Journal des Audiences, un légataire universel, qui avoit obtenu du Juge qui avoit mis les scellés sur les effets de la succession, la délivrance de ces effets sans appeller l'héritier, a été condamné envers cet héritier aux intérêts des sommes d'argent dont la délivrance lui avoit été faite, du jour de la demande que l'héritier avoit donnée contre lui pour le rapport de ces deniers, jusqu'au jour de l'Arrêt qui avoit déclaré le legs valable, & en avoit saisi le légataire, la Cour jugeant par cet Arrêt, que ce légataire avoit injustement possédé jusqu'à ce temps les effets de la succession.

Que si la chose léguée se trouvoit, au jour de l'échéance du legs, être pardevers le légataire à qui le défunt l'auroit prêtée ou déposée, ou qui la

tiendroit à quelqu'autre titre que ce fût, en ce cas le légataire peut la retenir; ce feroit un circuit inutile qu'il la rendît à l'héritier, pour que l'héritier la lui délivrât.

Lorsque la chose léguée n'est pas un corps certain, mais une quantité, comme une somme d'argent, ou une chose indéterminée, comme un cheval, il est évident qu'en ce cas le légataire ne peut devenir propriétaire que par la délivrance que lui fait l'héritier.

Il en est de même, lorsque le legs est d'un corps certain, mais qui n'appartenoit pas au défunt, & que l'héritier a été obligé de racheter de celui à qui il appartenoit, pour le délivrer au légataire.

Soit que le legs soit d'un corps certain, soit de quelqu'autre chose, ou que ce soit un fait qui en fasse l'objet, les héritiers du testateur, ou les autres personnes qu'il en a grevées, contractent par l'acceptation qu'ils font de la succession, ou de ce qui leur a été laissé par le testateur, sans qu'il intervienne aucune convention entr'eux & les légataires, l'obligation envers les légataires de donner ou de faire ce qui en fait l'objet; c'est pourquoi l'acceptation de la succession est mise au rang des quasi-contrats, suivant que nous l'avons vu en notre Traité des Obligations.

L'acceptation de la succession, ayant un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, & l'héritier étant censé, dès l'instant de cette mort, saisi des biens de la succession, l'obligation qu'il a contractée de la prestation des legs, qui est une suite de l'acceptation, a pareillement le même effet rétroactif au temps de la mort du testateur; l'héritier est censé dès cet instant avoir été obligé à la prestation des legs, n'ayant pu être saisi des biens de la succession qu'à cette charge.

De cette obligation naît le droit qu'ont les légataires, quel que soit l'objet du legs, de demander aux héritiers, ou autres personnes grevées du legs, la prestation du legs; & comme l'obligation est censée contractée du jour du décès du testateur, par les héritiers qui en sont grevés, le droit est aussi acquis de ce jour aux légataires, lorsque le legs est pur & simple.

Que s'il est conditionnel, le droit n'est acquis que du jour de l'existence de la condition; car les conditions apposées aux dernieres volontés n'ont pas d'effet rétroactif.

C'est encore un effet des legs, que la loi accorde aux légataires un hypotheque tacite sur les biens que les héritiers, ou autres qui en sont grevés, recueillent de la succession du testateur qui les en a grevés.

SECTION III.

Des actions qu'ont les Légataires pour la prestation des legs.

Les légataires peuvent avoir trois actions, l'action personnelle *ex Testamento*, l'action de revendication de la chose léguée, & l'action hypothécaire.

ARTICLE PREMIER.

De l'action personnelle ex Testamento.

L'action personnelle *ex Testamento*, est celle qui naît de l'obligation que les héritiers, ou autres personnes grevées de la prestation du legs, contractent envers les légataires.

§. I.

Contre qui se donne cette action?

Lorsqu'il y a un exécuteur testamentaire, c'est contre lui que les légataires ont coutume de donner leur action en délivrance de leur legs; car, quoique ce soit l'héritier qui a été grevé du legs par le testateur, qui en soit proprement le vrai débiteur, on peut dire que l'exécuteur testamentaire l'est aussi, en acceptant l'exécution, & se mettant en possession des biens de la succession, il accede à l'obligation des héritiers, & s'oblige tacitement envers les légataires à payer, à la décharge des héritiers, les legs jusqu'à concurrence des biens dont il est saisi.

Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, l'action peut se donner contre l'un d'eux.

La demande donnée par les légataires contre l'exécuteur testamentaire, doit être, par cet exécuteur, dénoncée aux héritiers qui sont tenus des legs; car ces héritiers sont les principales parties qui ont intérêt à discuter si le legs est dû ou non; c'est pourquoi l'exécuteur doit avoir les délais nécessaires pour les mettre en cause.

L'héritier mis en cause, consent ou conteste la demande du légataire; & si elle est trouvée juste, le Juge saisit le légataire de son legs, condamne l'exécuteur à lui en faire délivrance, & déclare le jugement commun avec l'héritier.

Quoiqu'il y ait un exécuteur testamentaire, & que ce soit ordinairement contre lui que les légataires donnent leur demande; néanmoins, si un légataire l'avoit donnée contre l'héritier, je ne pense pas qu'elle fût mal donnée, puisqu'il est le vrai débiteur des legs; mais l'héritier devroit avoir

délai pour mettre en cause l'exécuteur, pour qu'il eût à en faire la délivrance à sa décharge, attendu qu'il est saisi des biens.

Lorsqu'il n'y a point d'exécuteur testamentaire, il est évident qu'en ce cas la demande ne peut être donnée que contre les héritiers, ou autres personnes qui ont été grevées, soit expressément, soit tacitement; elle peut aussi se donner contre les héritiers de ces personnes, & contre leurs ayans cause, c'est-à-dire, ceux qui leur succedent dans la charge de la prestation du legs.

§. II.

Quels Héritiers, & quelles autres personnes sont tenus des Legs, & pour quelle part chacun est-il tenu?

Lorsque le testateur a grevé quelqu'un nommément de la prestation de quelque legs, il est évident qu'il n'y a que celui qu'il en a grevé qui en soit tenu, & que l'action *ex Testamento* ne peut être donnée que contre lui.

S'il a grevé nommément plusieurs, chacun de ceux qu'il a grevés n'est pas tenu du legs solidairement, à moins que le testateur ne l'ait expressément ordonné; il n'en est tenu que *in virilem*, c'est-à-dire, pour sa part personnelle & numérale, *putà* s'il a grevé deux personnes, chacune sera tenue du legs pour moitié, s'il en a grevé trois, chacune sera tenue pour son tiers, &c.

Cette décision a lieu, quand même l'un de ceux qui ont été ainsi nommément grevés du legs, succéderoit à une plus grande portion dans les biens du testateur que l'autre; car ceux qui sont grevés nommément sont tenus des legs *in virilem*, & non *pro portionibus hæreditariis*.

Par exemple, si le testateur a laissé pour héritiers plusieurs freres qui succedent seuls à ses biens féodaux, & plusieurs sœurs qui succedent à ses autres biens concurremment avec ses freres, & qu'il ait chargé nommément un de ses freres & une de ses sœurs, d'un legs de mille écus qu'il a légué à un tiers, ils seront tenus de ce legs chacun pour une portion égale, c'est-à-dire, chacun pour moitié, quoique le frere soit héritier d'une plus grande portion des biens du testateur, que la sœur.

Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir exception à l'égard des legs d'un corps certain, auquel ceux qui sont nommément grevés du legs ont seuls succédé inégalement; car, en ce cas je pense qu'ils en doivent être tenus *non in virilem*, mais pour la part à laquelle chacun d'eux a succédé à l'héritage légué; par exemple, si un testateur a chargé nommément son frere & sa sœur consanguins, du legs d'une métairie, acquêt dont ils étoient seuls héritiers, & qui étoit composée de terres féodales, auxquelles le frere succédoit seul, à l'exclusion de sa sœur, chacun sera tenu de ce legs pour la part qui lui appartient en l'héritage légué, & par conséquent le frere qui y a une plus grande part, en sera tenu pour

une plus grande part que sa sœur; car on ne doit pas présumer que la volonté du testateur ait été que la sœur achetât du frere ce qu'il avoit de plus qu'elle dans l'héritage légué, pour contribuer pour moitié au legs.

Lorsque le testateur a légué, sans exprimer quelles personnes il chargeoit de la prestation du legs, il faut distinguer entre les legs de corps certains de sa succession, & les autres legs.

Les legs qui ne sont pas de quelques corps certains de la succession, tels que sont les legs d'une certaine somme d'argent, d'une pension viagere, d'une chose indéterminée, ceux qui ont pour objet un fait, &c. sont des charges de tous les biens disponibles de la succession, & par conséquent tous les héritiers & successeurs universels en sont tenus chacun pour la part en laquelle ils succedent.

C'est une question controversée, si l'héritier aux propres doit contribuer avec l'héritier aux meubles & acquêts aux legs, par proportion à la valeur du total des propres auxquels il succede, ou seulement par proportion à la portion disponible de ces propres, c'est-à-dire dans nos Coutumes, *au prorata* seulement du quint des propres? Il y en a qui pensent qu'il doit contribuer à proportion de tous les biens auxquels il succede, la Coutume ne lui donnant d'autre droit que de retenir la légitime des quatre quints qu'elle lui réserve, en abandonnant le surplus; tant qu'il ne l'abandonne pas, il n'a point de légitime, d'où ils concluent que tous les biens auxquels il succede, sont sujets à la contribution. J'inclinerois pour le sentiment contraire; nos Coutumes, en décidant que le testateur peut léguer jusqu'à la concurrence des meubles, acquêts & quint des Propres, décident qu'il n'y a que ces biens qui soient disponibles, que le surplus ne l'est pas; d'où il suit que ces legs ne sont une charge que de ces biens, & non des autres; or, chacun ne doit contribuer à une charge de certains biens, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens qui y sont sujets, l'héritier aux propres n'ayant de part dans les biens disponibles qui sont sujets à la charge des legs, que dans le quint des propres, les quatre autres quints n'étant point biens disponibles, ni par conséquent sujets à cette charge; il ne doit contribuer qu'à proportion du quint.

A l'égard des legs d'un corps certain, ce sont ceux qui succedent au corps certain qui a été légué, qui en sont seuls tenus, & chacun en est tenu pour la part pour laquelle il y succede.

Lorsque le legs est d'un corps certain, qui appartient à l'un des héritiers, l'héritier à qui la chose léguée appartient, est tenu pour le total envers le légataire; mais je pense qu'il peut demander à ses cohéritiers, qui succedent avec lui à une même espece de biens, qu'ils le récompensent chacun pour leur part, surtout dans les Coutumes qui ne veulent pas qu'un héritier soit avantagé l'un plus que l'autre. Il en est autrement de ceux qui succedent à une autre espece de biens; par exemple, si quelqu'un a légué un corps certain qui appartient à l'un de ses héritiers aux meubles & acquêts, cet héritier peut bien demander récompense à ses cohéritiers qui succedent avec lui aux meubles & acquêts, mais il ne pourra rien

demander aux héritiers aux propres ; car ils ne sont pas proprement ses cohéritiers.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartient à un étranger, & que le testateur savoit appartenir à cet étranger, tous les héritiers & successeurs universels du testateur sont tenus de ce legs, chacun pour les mêmes portions pour lesquelles ils seroient tenus du legs d'une somme d'argent ; car ce legs consiste dans la prestation de l'argent que vaut cet héritage.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel le testateur auroit cru que la chose léguée lui appartenoit, & que le legs ne laisseroit pas de valoir à cause de la qualité de la personne du légataire ; car on peut dire qu'en ce cas, le testateur n'a eu d'intention de grever de ce legs, que ceux qui sont les héritiers à l'espece de biens dont il croyoit que la chose léguée faisoit partie, & non pas ses héritiers à d'autres especes de biens.

§. III.

Si lorsque l'héritier, ou autre qui a été grevé nommément de la prestation de quelque legs, ne recueille pas la succession, ou ce qui lui a été laissé, celui qui le recueille à sa place est tenu de ces legs ?

Par l'ancien Droit Romain, lorsqu'un héritier avoit été grevé nommément de quelque legs, & qu'il ne recueilloit pas la succession, celui qui la recueilloit à sa place n'étoit point tenu de ces legs, cet héritier en ayant été nommément chargé, cette charge paroissoit ne devoir pas pouvoir s'étendre à d'autres personnes.

Ce ne fut que par la constitution de Severe, que la Jurisprudence s'établit, que le substitué de cette personne en devoit être tenu, le testateur étant présumé l'avoir substitué aux mêmes charges sous lesquelles il avoit institué son premier héritier ; car pourquoi auroit-il plus épargné & moins grevé le substitué que l'institué, qui doit être présumé avoir été plus cher au testateur que le substitué, puisque le testateur l'a préféré au substitué.

Depuis la constitution de Severe, on a décidé pareillement que les cohéritiers auxquels accroissoit la part de l'héritier grevé nommément de quelque legs, succédoient aussi à cette charge.

Notre Droit François a suivi cette Jurisprudence, il est vrai que dans nos Coutumes, nous n'avons point d'héritiers institués ; mais, à l'exemple de ce qui est décidé par le Droit Romain à l'égard des héritiers institués nommément grevés de legs, on observe dans nos Coutumes que, lorsque le légataire universel, lequel est en quelque façon *loco hæredis*, a été nommément grevé de legs particuliers, & qu'il ne recueille pas son legs universel, soit par le prédécès, soit par la répudiation qu'il en fait, le substitué de ce légataire universel, ou son colégataire qui le recueille à sa place, est tenu des legs & fidéicommis dont il avoit été nommément grevé.

A l'égard des successions *ab intestat*, la Loi 1, §. 9, ff. *de leg.* 3°. semble décider que les parens du degré suivant ne sont pas tenus des legs dont avoit été chargé celui du degré précédent, à la place & par le défaut ou répudiation duquel ils recueillent la succession.

Mais, sans entrer dans les discussions de quelques Interpretes modernes sur le texte de cette Loi, il faut dire que, dans notre Jurisprudence Françoise, les parens du degré suivant, qui recueillent la succession à la place de celui du degré précédent, doivent être tenus des legs dont il avoit été nommément chargé. Car, la presomption est que le testateur a voulu que ces legs fussent dûs par quelque personne que ce fût qui recueilleroit sa succession, & qu'il n'a pas voulu épargner & grever moins des parens plus éloignés, qui lui étoient moins chers, que ses plus proches qu'il a nommément grevés; c'est l'avis de Ricard.

A l'égard des légataires particuliers, si un légataire, qui avoit été lui-même nommément chargé de legs ou fidéicommis envers d'autres, ne recueille pas, soit par son prédécès, soit autrement, le legs qui lui a été fait, l'héritier qui en profite, & pardevers qui la chose léguée demeure, est tenu des charges dont ce légataire avoit été nommement chargé.

Que si ce légataire avoit des colégataires, les Loix Romaines distinguoient *inter conjunctos re & verbis, & conjunctos re tantùm; inter conjunctos re & verbis pars deficientis accrescebat cum onere; inter conjunctos re tantùm, eo deficiente qui nominatìm gravatus erat, alter totum retinebat sine onere.* Cette distinction est fondée sur des subtilités que notre Droit n'a pas admises, & on doit décider indistinctement que le colégataire, qui recueille le legs entier, doit être tenu des charges dont avoit été nommément chargé le colégataire, dont la part lui accroît. C'est l'avis de Ricard.

Le Droit Romain faisoit une autre distinction que nous ne suivons pas; on distinguoit le cas auquel celui qui avoit été nommément grevé avoit été utilement institué héritier, ou fait légataire, & par son prédécès, ou sa répudiation, n'auroit pas recueilli la succession ou le legs; & le cas auquel, celui qui avoit été nommément grevé, auroit été dès le commencement inutilement institué héritier, ou fait légataire; au premier cas, celui qui succédoit à sa place, ou pardevers qui la chose léguée demeuroit, succédoit aux charges; mais, dans le dernier cas, il n'en étoit pas tenu; car la disposition ayant été dès le commencement inutile, tout ce qui en faisoit partie, & par conséquent les charges sous lesquelles elle avoit été faite, paroissoient ne pouvoir pas subsister.

Dans notre Droit François, on ne fait point cette distinction, & il faut tenir indistinctement que, quiconque recueille les biens, ou une partie des biens, ou quelque chose particuliere, à la place d'un autre, est tenu des charges qui avoient été imposées à celui à la place de qui il succede, soit que la disposition faite au profit de celui à la place de qui il succede, eût été d'abord non valable, soit qu'elle ne fût devenue caduque que par la suite.

§. IV.

§. IV.

Quelle délivrance doit être faite au Légataire?

La délivrance que doit faire au légataire d'un corps certain l'héritier, ou autre successeur, qui est chargé de la prestation de ce legs, est une tradition de la chose léguée, qui en procure au légataire la libre possession & jouissance. *Debet legatarius in vacuam possessionem induci.*

De-là il suit que, si la chose léguée se trouve être engagée, non seulement pour une dette de la succession, mais pour la dette d'un tiers, l'héritier est obligé de la dégager pour la délivrer au légataire. *L.* 57, ff. *de leg.* 1°. *L. 6, Cod. de fideicomm.* Car elle ne peut pas lui être délivrée sans cela.

L'héritier n'est néanmoins tenu à dégager la chose léguée, qui est obligée pour la dette d'un tiers, que dans le cas auquel le testateur sçavoit qu'elle étoit engagée; il n'y est pas ordinairement tenu, lorsque le testateur l'ignoroit, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui persuadassent que le testateur y auroit obligé son héritier, quand même il l'auroit sçu. *D. L.*

Que si c'est à une dette de la succession pour laquelle la chose léguée est engagée, il n'y a aucun doute que l'héritier doit indistinctement l'acquitter, puisqu'il est tenu des dettes de la succession.

Suivant le même principe, que le légataire *debet induci in vacuam possessionem rei legatæ*, les Loix Romaines décident que, lorsque la chose léguée se trouve grevée d'usufruit envers un tiers, le légataire peut demander, que l'héritier qui est tenu de la prestation du legs rachete cet usufruit. *L. 66*, §. *6*, ff. *de leg.* 2°. parce qu'autrement la chose ne peut être délivrée au légataire; *non potest legatarius in vacuam rei possessionem induci.*

Parmi nous, qui ne sommes point astreints à suivre en tout les décisions du Droit Romain, j'inclinerois assez à penser, que réguliérement l'héritier ne seroit point obligé à racheter l'usufruit; il est vrai que la chose ne peut être délivrée au légataire, tant que l'usufruit subsistera; mais comme cet usufruit doit finir un jour, on doit présumer que l'intention du testateur a été que la chose léguée seroit délivrée au légataire, lorsqu'elle pourroit l'être, c'est-à-dire, lorsque l'usufruit seroit fini, plutôt qu'on ne doit croire que le testateur a voulu charger son héritier du rachat de cet usufruit, qui, quoique possible en soi, souvent ne seroit pas au pouvoir de l'héritier, l'usufruitier ne voulant pas toujours consentir à ce rachat, & c'est un principe tiré du Droit Romain même, que *nemo facilè præsumitur heredem suum redemptione onerare velle.* L'héritier est bien obligé de dégager la chose léguée, lorsque le testateur a sçu que la chose étoit engagée, parce que le testateur a certainement voulu que la chose fût délivrée au légataire, & qu'elle ne peut jamais l'être, si elle n'est dégagée;

mais comme l'usufruit est de nature à s'éteindre, la chose léguée pouvant être délivrée lorsqu'il sera fini, on ne peut pas de même assurer que le testateur a voulu que son héritier rachetât l'usufruit, parce qu'il a pu vouloir seulement que la chose fût délivrée au légataire, lorsque l'usufruit seroit fini.

Si c'étoit l'héritier qui se trouvât avoir lui-même un droit d'usufruit dans la chose léguée, il y auroit en ce cas moins de difficulté à suivre la décision des Loix Romaines. *L.* 25, *L.* 76, §. 2, ff. *de leg.* 2°. qui veulent que l'héritier délivre incontinent la chose léguée, sans aucune retention du droit d'usufruit qu'il y a; car, en ce cas, la délivrance est au pouvoir de l'héritier, & on ne le charge d'aucun rachat.

Il n'en est pas de même des autres servitudes, dont l'héritage légué se trouveroit chargé, l'héritier n'est point obligé de les racheter, & il n'est obligé à délivrer l'héritage légué que tel qu'il est, & avec la charge de ces servitudes, soit qu'elles appartiennent à des tiers, soit qu'elles appartiennent à lui-même, car ces droits de servitudes n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in vacuam rei possessionem. L.* 66, §. 6, *L.* 76, §. 2, ff. *de leg.* 2°.

Lorsqu'un héritage a été légué à l'Eglise, (ce qui ne se peut plus depuis l'Edit de 1749;) les héritiers du testateur sont obligés d'acquitter le droit d'amortissement dû au Roi, & le droit d'indemnité dû au Seigneur, pour mettre l'Eglise en état de posséder cet héritage; c'est une conséquence du même principe, que l'héritier doit introduire le légataire *in vacuam rei possessionem.*

Dans les Donations entre-vifs, le donateur n'est pas obligé d'acquitter ces droits, si l'acte ne le porte, car ces actes étant de Droit étroit, l'obligation d'acquitter ces droits ne peut s'y suppléer; le donataire doit s'imputer de n'avoir pas fait expliquer le donateur.

A l'égard des profits de rachat & autres semblables, & du droit d'insinuation & de centieme denier dû pour raison du legs, soit que le legs soit fait à des particuliers, soit qu'il soit fait à l'Eglise, les héritiers chargés de la prestation du legs, n'en sont point tenus; c'est au légataire à les acquitter, ces droits étant des charges du fonds.

L'héritier n'est pas tenu non plus d'acquitter le droit de franc-fief, à la décharge d'un légataire roturier à qui le testateur a légué un fief.

L'héritier grevé du legs d'un corps certain, remplit son obligation en introduisant le légataire *in vacuam rei possessionem;* il n'est point au surplus obligé de le défendre des évictions qui pourroient survenir. *L.* 77, §. 8, ff. *de leg.* 2°. *& passim*, à moins qu'il ne parût que telle eût été la volonté du testateur.

Lorsque le legs est d'un corps indéterminé, ou d'une quantité, l'obligation de l'héritier chargé de la prestation du legs, ne se borne pas à introduire le légataire en possession de la chose qu'il lui délivre, il doit lui en transférer une propriété irrévocable, & par conséquent il est tenu de la lui garantir, & de la défendre des évictions.

§. V.

En quel état la chose léguée doit-elle être délivrée?

La chose léguée, lorsque c'est un corps certain, doit être délivrée en l'état qu'elle se trouve lors de la délivrance.

Si elle est augmentée, le légataire profite de l'augmentation. Cela est indubitable à l'égard de l'augmentation naturelle. Par exemple, si l'héritage légué a été accru par alluvion, il n'y a pas de doute qu'il doit être délivré au légataire, tel qu'il est avec cet accroissement. *L.* 16, ff. *de leg.* 3°.

Il en est de même des augmentations qui sont provenues du fait du testateur depuis le Testament, la chose léguée doit être délivrée avec ces augmentations, soit qu'elles soient unies à la chose léguée par une union réelle, tels que sont des bâtimens construits sur un héritage légué. *L.* 39, *de leg.* 2°. soit qu'elles y soient unies par une union de simple destination, tels que sont des morceaux de terre que le testateur a, depuis son Testament, incorporés à la métairie qu'il a léguée. *L.* 24, §. 2. ff. *de leg.* 1°. *L.* 10, ff. *de leg.* 2°.

Vice versâ, lorsque la chose léguée se trouve diminuée, ou détériorée depuis le Testament, la perte tombe sur le légataire à qui il suffit de la délivrer en l'état qu'elle se trouve, soit que la diminution, ou détérioration, soit naturelle, soit qu'elle provienne du fait du testateur. *L.* 24, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Que si elle provenoit du fait, ou de la faute de l'héritier, ou autre personne chargée de la prestation du legs, le légataire en devroit être indemnisé par cette personne. *L.* 24, §. 4, ff. *de leg.* 1°.

La personne grevée est tenue à cet égard de la faute ordinaire, *de levi culpâ.* *L.* 47, §. 5, ff. *de leg.* 1°. Que si la personne grevée étoit un légataire particulier, qui fût chargé de rendre à un autre incontinent ce qui lui auroit été laissé, sans en retirer aucun émolument, il ne seroit tenu que du dol & de la faute lourde, *de dolo & de latâ culpâ.* *L.* 108, §. 2, ff. *d. tit.*

L'héritier, ou autre personne grevée de la prestation du legs, est aussi tenue d'indemniser le légataire de la détérioration ou diminution de la chose léguée, lorsqu'elle est survenue depuis qu'il a été mis en demeure de la délivrer. *L.* 108, §. 11, ff. *de leg.* 1°. ce qui n'a pas lieu indistinctement, mais seulement dans le cas auquel le légataire n'auroit pas souffert cette perte, si la chose lui eût été délivrée lorsqu'il l'a demandée.

Lorsque la chose léguée est une chose indéterminée, ce que l'héritier délivre pour s'acquitter d'un tel legs, doit être une chose qui soit en bon état lorsqu'il la délivre, qui soit, comme l'on dit, loyale & marchande.

Le legs d'une certaine somme d'argent, comme de deux mille francs, de quatre mille francs, n'est susceptible d'aucune augmentation, ni diminution, car une somme d'argent est quelque chose d'invariable.

Il en est de même du legs de tant d'écus, comme de dix écus, de cent écus; car, selon l'usage ordinaire de parler dans ces phrases, on entend par *écu* une somme de trois livres qui est quelque chose d'invariable, & non pas la piece de monnoie qui s'appelle aussi écu, & dont la valeur est sujette à variation.

Que si le testateur a légué tant de louis d'or, *putà* une bourse de cent louis d'or; en ce cas, ce n'est pas une somme qui est léguée, mais un certain nombre de louis d'or, dont la valeur peut augmenter ou diminuer, & comme, suivant nos principes, le légataire doit profiter de l'augmentation, ou souffrir de la diminution qui survient sur la chose léguée, si les louis sont augmentés ou diminués depuis le Testament, le légataire profitera de l'augmentation, ou souffrira de la diminution, & l'héritier sera tenu de lui compter cent louis d'or, quel qu'en soit le prix, au temps du paiement qu'il en fera. Cela a été ainsi jugé par Arrêt rapporté au sixieme volume du Journal des Audiences.

§. VI.

Quand la chose léguée doit-elle être délivrée?

Lorsque le legs n'est suspendu par aucune condition, & qu'il ne contient aucun terme qui en differe l'exécution, l'héritier qui a pris qualité, ou qui a dû la prendre, doit délivrer au légataire la chose léguée aussitôt qu'il la demande. *L.* 32, ff. *de leg.* 2°.

Cette regle ne s'observe pas tellement à la rigueur, que le Juge ne puisse accorder un délai convenable à l'héritier qui est grevé de la prestation du legs, lorsque le legs est d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose qui ne soit pas pardevers lui, pour qu'il puisse faire de l'argent, & se mettre en état d'acquitter le legs. *L.* 71, §. 2, ff. *d. tit.*

Lorsque le legs est d'un corps certain que l'héritier a pardevers lui, il ne peut ordinairement différer la délivrance; il peut néanmoins se rencontrer quelque juste cause de la différer. Les Loix 67 & 69, §. 4, ff. *de leg.* 1°. en rapportent des exemples qui n'ont pas d'application parmi nous; on peut apporter pour exemple le cas auquel le testateur auroit légué à un tiers quelques meubles aratoires, nécessaires à l'exploitation d'une métairie de la succession, on doit accorder à l'héritier qui ne peut s'en passer, un délai pour qu'il puisse se pourvoir d'autres à la place de ceux dont la délivrance lui est demandée.

Si l'héritier avoit fait quelques dépenses pour la conservation de la chose léguée, il ne seroit pas obligé à la délivrer, que le légataire ne le remboursât préalablement de ce qu'il a déboursé. *L.* 58, ff. *de leg.* 1°.

Lorsque le legs renferme quelque charge imposée au légataire, le légataire ne peut l'exiger qu'il ne soit prêt de satisfaire à la charge qui lui est imposée. *L.* 22, §. 1, ff. *de alim. leg.*

Lorſque le Teſtament eſt olographe, la délivrance des legs ne peut être demandée que le Teſtament n'ait été reconnu par l'héritier, ou que ſur ſon refus de le reconnoître, la vérification en ait été faite; car il ne peut ſans cela ſervir de fondement à la demande des légataires.

Mais, ſi c'eſt un Teſtament reçu par perſonne publique, il fait foi & la proviſion lui eſt dûe, quand même il ſeroit attaqué de faux. *L.* 9, *Cod. de leg.*

§. VII.

Où la choſe léguée doit-elle être délivrée?

Lorſque le teſtateur ne s'eſt point expliqué par ſon Teſtament; ſur le lieu où ſe feroit la délivrance de la choſe léguée; ſi c'eſt un corps certain, la délivrance s'en doit faire au lieu où ſe trouve la choſe, le légataire l'y doit envoyer querir à ſes frais, à moins que ce ne fût par le dol de l'héritier qu'elle eût été transférée dans un lieu plus éloigné, auquel cas le légataire devroit être indemniſé de ce qu'il en coûteroit de plus pour la voiture. C'eſt la déciſion de la Loi 47, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *Si res alibi ſit quàm ubì petitur, conſtat ibi eſſe præſtandam ubì relicta eſt, niſi alibi teſtator voluit.... Sed ſi ab hærede tranſlata dolo malo ejus, niſi ibi præſtetur ubì petitur, hæres condemnandus eſt.... Si ſine dolo, ibi præſtabitur quò tranſtulit.*

Que ſi le legs eſt d'une ſomme d'argent, ou de quelque choſe indéterminée, le paiement s'en doit faire au lieu où la délivrance doit être demandée, *ubì petitur. D. L.* 47, §. 1, c'eſt-à-dire, au lieu où la ſucceſſion eſt ouverte.

§. VIII.

Des acceſſoires de la choſe léguée, des fruits & intérêts.

L'héritier doit délivrer avec la choſe léguée, celles qui en ſont les acceſſoires néceſſaires; par exemple, ſi on m'a légué l'uſufruit d'un héritage auquel on ne puiſſe aborder que par un autre héritage de la ſucceſſion, l'héritier doit délivrer, avec l'uſufruit de cet héritage, un paſſage par l'héritage par lequel il faut paſſer pour y aborder. *L.* 2, §. 2, ff. *ſi ſer. vind.*

Si on m'a légué une armoire, on me doit donner la clef, car c'eſt un acceſſoire néceſſaire de l'armoire, & qui en fait partie. *L.* 52, §. *fin.* ff. *de leg.* 3°.

On ne doit comprendre parmi les acceſſoires d'une métairie, ou d'une maiſon léguée, que ce qui en fait partie, & non pas les meubles & effets qui ſervent ſeulement à ſon exploitation, tels que les beſtiaux, &c.

Mais les titres des héritages en sont un accessoire, & doivent être délivrés au légataire.

La Loi 102, §. 3, ff. *de leg.* 3°. décide que le legs d'une milice, ou office, comprend aussi la somme nécessaire pour la réception, *onera & introïtus militiæ ab herede danda.* Je ne crois pas que parmi nous, le legs d'un office comprenne les frais de la réception.

A l'égard des fruits des choses léguées, le légataire ne peut prétendre que ceux qui auroient été perçus depuis la demande en délivrance du legs; car, quoique le légataire soit fait propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, l'héritier qui ignore si le légataire acceptera le legs, est juste possesseur de la chose jusqu'au temps de cette demande, & a droit en cette qualité d'en percevoir les fruits.

Ne doit-il pas au moins faire raison de ceux qui étoient pendans lors de l'ouverture du legs? Ricard décide pour l'affirmative, parce que, dit-il, ces fruits faisoient partie de la chose léguée, *cùm fructus pendentes sint pars fundi*, & que l'héritage dépouillé de ces fruits, devient par-là déprécié par le fait de l'héritier qui les a perçus; or, dira-t-on, l'héritier est tenu envers le légataire de ce dont la chose léguée a été dépréciée par son fait. Nonobstant ces raisons, je pense que l'héritier n'en doit point faire raison au légataire. Il est vrai que ces fruits faisoient partie de l'héritage légué, mais ils n'en faisoient partie qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils en fussent détachés. La réponse à l'autre objection, est que l'héritier est à la vérité tenu de ce que la chose léguée est dépréciée par son fait, mais c'est lorsque c'est sans droit qu'il l'a fait; mais lorsqu'il a usé de son droit, la maxime n'a pas d'application; c'est pourquoi, quoique l'héritage légué, sur lequel les fruits étoient pendans, soit moins précieux, par la perception que l'héritier fait des fruits, l'héritier n'est pas tenu d'en faire raison au légataire, parce qu'ayant qualité pour les percevoir, il use de son droit en les percevant.

A l'égard des fruits perçus depuis la demande, ils appartiennent au légataire, en tenant compte à l'héritier des impenses par lui faites pour les faire venir; mais à l'égard de celles faites par le testateur, le légataire n'est tenu d'en faire aucune raison.

Lorsque le legs consiste dans quelque somme d'argent, les intérêts en sont dûs au légataire du jour de sa demande, pourvu qu'il ne l'ait pas donnée avant que la somme fût exigible.

Quoique les fruits, ou les intérêts, n'aient pas été demandés par la demande de la chose, ou somme principale, ils ne laissent pas d'être dûs du jour de cette demande, & non pas seulement du jour que le légataire y a depuis conclu; car ils sont dûs par la demeure, & c'est du jour de la demande principale que l'héritier y a été constitué.

Lorsque le légataire s'est mis de son autorité privée, depuis le décès du testateur, en possession des héritages qui lui ont été légués, le refus qu'il fait à l'héritier de les restituer, & la contestation qu'il a avec cet héritier sur la validité du legs, n'équipollent pas à une demande en saisissement, & ne font pas gagner les fruits à ce légataire; c'est pourquoi,

par Arrêt du 16 Mars 1717, déjà cité ci-dessus, le légataire, qui s'étoit mis ainsi en possession, fut condamné à rendre à l'héritier tous les fruits qu'il avoit perçus, jusqu'au jour de l'Arrêt qui déclara le legs valable, & ordonna que les choses léguées lui resteroient.

Quoique les fruits & les intérêts ne soient réguliérement dûs que du jour de la demande, néanmoins ils seront dûs du jour du décès, si le testateur l'a ordonné; en ce cas, ce n'est pas *ex morâ*, mais comme étant *per se* compris dans la disposition, qu'ils sont dûs.

Lorsque la chose léguée, n'est ni une chose qui produise des fruits, ni une somme d'argent, il n'est dû *regulariter* ni fruits, ni intérêts *ex morâ*; si cependant le légataire a souffert, ou manqué de gagner par le retard, il peut prétendre des dommages & intérêts.

§. IX.

En quel cas l'estimation de la chose léguée doit-elle être donnée au Légataire à la place de la chose?

Lorsque la chose léguée existe, & qu'elle est dans le commerce, & qu'il n'est pas au pouvoir de l'héritier de la délivrer au légataire, *putà* parce qu'elle appartient à un étranger qui ne veut pas la vendre, ou qui veut la vendre au-delà de son juste prix, l'héritier en ce cas est tenu de payer au légataire l'estimation de la chose léguée à la place de cette chose qu'il ne peut lui délivrer. *L.* 14, §. *fin. ff. de leg.* 3°. *& passim.*

Cette estimation est pareillement due au légataire à la place de la chose, lorsqu'elle a péri par le fait de l'héritier, ou par sa faute, ou lorsqu'elle a péri depuis qu'il a été constitué en demeure de la délivrer, dans le cas auquel le légataire n'en auroit pas souffert la perte, si elle lui eût été délivrée aussitôt qu'il l'a demandée. Hors ces cas, lorsque la chose léguée est périe, il n'est dû aucune estimation au légataire.

Ce qui a lieu, soit qu'elle appartînt au testateur, soit que ce fût la chose d'autrui, & en ce cas, l'héritier profite de l'extinction de la chose léguée, car il est déchargé de l'obligation de la racheter. *L.* 114, §. 19, *ff. de leg.* 1°.

Pareillement il n'est dû aucune estimation de la chose au légataire, lorsqu'elle a cessé d'être dans le commerce, comme si un terrein légué avoit été pris pour faire le grand chemin, ou pour faire une place de ville, car c'est la même chose, qu'une chose n'existe pas, ou ne soit plus dans le commerce.

Si néanmoins l'héritier avoit reçu quelqu'indemnité pour cela, il en devroit faire raison au légataire. *Arg. L.* 78, §. 1, ff. *de leg.* 2°. car le légataire en étant devenu propriétaire, c'est à lui à qui en doit appartenir le prix, dont le remboursement a été ordonné.

Il n'est dû pareillement au légataire aucune estimation de la chose léguée, lorsqu'elle a été volée à l'héritier sans sa faute, car ou on sçait entre

les mains de qui elle est, & le légataire peut en ce cas la revendiquer, ou on ne sçait pas ce qu'elle est devenue, & en ce cas, c'est tout comme si elle n'existoit pas.

ARTICLE II.

Des autres actions des Légataires.

§. I.

De l'action revendication.

Lorsque le legs est d'un corps certain qui appartenoit au défunt, le légataire en étant fait le propriétaire par la loi civile, il suit de-là qu'outre l'action personnelle *ex Testamento*, qu'il a contre l'héritier pour se le faire délivrer & en obtenir la possession; il a aussi l'action de revendication, qui appartient à tout propriétaire, contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient.

Il faut observer que, selon notre Droit François, lorsque la chose léguée se trouve en la possession d'un tiers détenteur, le légataire, pour pouvoir la revendiquer contre ce tiers, doit préalablement se faire saisir de son legs par l'héritier, ou autre successeur grevé de la prestation du legs; c'est ce qui nous est attesté par Automne sur le tit. 43, lib. *6. Cod. comm. de leg.* & par Bacquet, *Traité des Droits de Justice.*

§. II.

De l'action hypothécaire.

Justinien a accordé par sa constitution une hypotheque aux légataires sur les biens du testateur, auxquels auroient succédé les héritiers grevés de la prestation des legs.

Quoique Automne dise que cette loi n'est pas suivie en France, néanmoins elle y est suivie, & tout ce en quoi notre Droit François differe à cet égard du Droit Romain, c'est que par notre Droit François, le légataire ne peut intenter les actions de revendication & hypothécaires, qu'il ne se soit fait saisir de son legs avec l'héritier.

Cette hypotheque a lieu quand même le Testament n'auroit pas été reçu par un Notaire, & seroit un simple Testament olographe; car c'est la Loi qui la donne. Cette hypotheque n'a lieu sur la part des biens du testateur auquel chaque héritier succede, que pour la part dont cet héritier est tenu du legs. La Loi 1, *Cod. comm. de leg.* qui établit cette hypotheque le décide expressément; *in tantùm hypothecariâ unumquemque volumus conveniri, in quantùm personalis actio adversus ipsum competit;*

competit; en cela, les legs different des dettes de la succession, & la raison de différence en est évidente. Le défunt qui a contracté les dettes, en ayant été débiteur pour le total, a hypothéqué tous & chacun ses biens au total desdites dettes; chaque portion de ses biens qui passe à chacun de ses héritiers se trouve donc hypothéquée au total desdites dettes; mais le défunt n'a jamais été le débiteur des legs qu'il a faits, l'obligation ne commence que dans les personnes de ses héritiers, elle a été divisée dès le commencement; le testateur a hypothéqué les biens qu'il laissoit à chacun d'eux, aux charges qu'il leur imposoit; mais comme il ne chargeoit chacun d'eux de la prestation des legs que pour la part qu'il lui laissoit dans ces biens, il n'a pas entendu hypothéquer cette part de ses biens qu'il leur laissoit qu'à la part des legs dont il les chargeoit. Notre sentiment, qui est fondé dans le texte même de la Loi, est aussi celui de Ricard & des meilleurs Auteurs. Bacquet & Renusson sont d'avis contraire; ils ne l'appuient d'aucune raison solide. Le principe de l'indivisibilité de l'hypotheque sur lequel ils se fondent n'a aucune application; il est vrai que, lorsque des biens d'un débiteur du total de la dette, ont été une fois obligés au total de la dette, chaque partie desdits biens ne cesse pas d'être obligée au total de la dette par le partage qui s'en fait; mais dans notre espece, la part à laquelle chacun des héritiers a succédé, n'a jamais été hypothéquée au total du legs; elle ne l'a été qu'à la part dont cet héritier en a été chargé, & par conséquent elle n'est hypothéquée que pour cette part; de même que, lorsque deux personnes s'obligent sans solidité à une dette par un acte qui emporte hypotheque, les biens de chacun ne sont hypothéqués que pour la part pour laquelle chacun d'eux s'oblige.

L'hypotheque que la Loi accorde aux légataires n'est que sur les biens du testateur, & non sur ceux des héritiers; le testateur ne peut pas hypothéquer les biens de ses héritiers, car on ne peut hypothéquer le bien d'autrui; les légataires ne peuvent donc acquérir d'hypotheque sur les biens des héritiers que par la sentence de saisissement de legs, ou par un acte pardevant Notaire par lequel les héritiers se seroient obligés à la prestation du legs.

L'action hypothécaire, qui naît de l'hypotheque que la Loi accorde sur les biens du défunt, peut s'intenter contre des tiers qui auroient acquis des héritiers des biens de la succession, mais le légataire, pour pouvoir l'intenter, doit au préalable se faire saisir de son legs avec les héritiers.

CHAPITRE VI.

De l'Extinction des Legs, & du Droit d'accroissement.

L'EXTINCTION des legs est ou générale par la rupture & destruction du Testament où ils sont renfermés, ou particuliere à l'égard de quelque legs.

Elle arrive aussi, ou de la part du testateur, ou de la part du légataire, ou de la part de la chose léguée, ou par le défaut de la condition sous laquelle le legs a été fait.

SECTION PREMIERE.

De l'extinction générale des Legs, par la rupture ou destruction du Testament dans lequel ils sont renfermés.

Par le Droit Romain, un Testament pouvoit se rompre de deux manieres. 1°. Par un Testament postérieur. 2°. Par la survenance de quelque enfant dans la famille du testateur, qui se trouvât n'être ni institué héritier, ni exhérédé. Cette rupture de Testament, soit de l'une, soit de l'autre maniere, entraînoit l'extinction des legs & fidéicommis, & généralement de tout ce qui y étoit contenu.

Ces deux especes de rupture de Testament n'ont pas lieu dans nos Provinces coutumieres.

Nos Testamens ne contenant point d'institution d'héritier, & n'étant autre chose que ce qu'étoient par le Droit Romain les codicilles; de même que par le Droit Romain, une personne pouvoit faire plusieurs codicilles en différens temps, qui étoient valables en ce qu'ils n'avoient rien de contraire; de même, par notre Droit François, un premier Testament n'est point rompu par un Testament postérieur, à moins que le testateur n'ait déclaré par le Testament postérieur, qu'il révoquoit les précédens; l'un & l'autre subsistent ensemble dans ce qu'ils n'ont rien de contraire: à l'égard des dispositions contenues dans le premier Testament, qui se trouveroient contraires à quelques-unes de celles qui se trouvent dans le second; elles sont censées révoquées par celles du second.

Pareillement, notre Droit Coutumier n'exigeant point, pour la validité des Testamens, que les enfans du testateur soient institués héritiers, ou exhérédés; la naissance d'un enfant né depuis le Testament, qui se trouve prétérit, ne rompt pas précisément par sa prétérition le Testament de son pere.

Néanmoins, si une personne faisoit son Testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume qui naîtroit pourroit faire déclarer nul le Testament de son pere, non précisément à cause de sa prétérition, qui n'est point un vice dans nos Testamens, mais par une conjecture de la volonté du testateur, on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son Testament que parce qu'il croyoit n'avoir point d'enfant, & qu'il ne les auroit pas faits, s'il eût su qu'il lui en surviendroit. Cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parens pour leurs enfans, fait supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits de la condition, s'il mouroit sans enfans; c'est ce que décide la Loi 36, §. 2, ff. *de test. milit.*, à l'égard d'un Testament militaire, dans lequel il n'étoit pas nécessaire d'instituer ou exhéréder ses enfans.

La Loi 33, §. 2, ff. *d. tit.* le décide même dans le cas auquel l'enfant seroit survenu depuis le Testament, du vivant du testateur.

Mais comme ce n'est pas la prétérition par elle même, mais la conjecture de la volonté du testateur, qui fait en ce cas annuller le Testament; il suit de-là, 1°. qu'on doit, en annullant le Testament en ce cas, excepter & conserver certains legs modiques fais à des domestiques, ou autres personnes à qui le testateur auroit vraisemblablement légué, quand même il auroit prévu la naissance du posthume. Il suit de-là, 2°. que si le testateur a donné quelques marques que sa volonté étoit que son Testament fût exécuté, nonobstant la naissance de cet enfant, il doit l'être, sauf la légitime de cet enfant.

Cette volonté paroît, si depuis la naissance de cet enfant, son Testament lui a passé par les mains, s'il y a fait quelqu'apostille, quelqu'addition; car, c'est une marque non équivoque qu'il a persévéré dans la même volonté, nonobstant la naissance de cet enfant.

Les manieres dont les Testamens, selon notre Droit Romain, étoient infirmés *per capitis diminutionem testatoris*, ou bien *non aditâ hæreditate*, ne peuvent être non plus en usage parmi nous; car nous n'avons point d'institution d'héritier, de l'effet de laquelle dépendent les autres dispositions du Testament, & il n'y a point non plus d'autre changement d'état en la personne du testateur qui infirme son Testament, que la mort civile, qui résulte d'une condamnation à peine capitale.

Si le condamné à peine capitale avoit depuis recouvré la vie civile par des lettres d'abolition, son Testament vaudroit.

SECTION II.

De l'Extinction des Legs de la part du Testateur.

Les legs & toutes les dispositions testamentaires s'éteignent de la part du testateur, lorsqu'il est condamné à une peine capitale, qui lui fait perdre la vie civile & emporte la confiscation de ses biens; c'est ce que nous avons vu en la Section précédente.

Ils s'éteignent aussi de la part du testateur, par la révocation qu'il en fait.

Quoique le testateur ait de son vivant exécuté d'avance le legs qu'il avoit fait, en délivrant au légataire la chose léguée, le legs ne laisse pas d'être révocable par la pure volonté du testateur.

Mais il faut qu'il soit constant que le testateur, en délivrant au légataire la chose léguée, n'a entendu qu'exécuter d'avance le legs qu'il lui avoit fait, & non pas lui faire une donation entre-vifs de la chose qu'il lui avoit léguée.

La révocation est, ou générale, lorsque le testateur révoque le Testament; ou les legs & autres dispositions testamentaires qui y sont contenues, ou particulieres, lorsque le testateur révoque un certain legs ou autre disposition particuliere. Cette révocation est expresse ou tacite.

La révocation générale ne s'étend pas au legs que le testateur auroit exécuté de son vivant, il faut, pour le révoquer, une révocation particuliere & spéciale. *Arrêt de 1675, chez Soefv.* II, 490.

Nous examinerons enfin si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer ses dispositions.

§. I.

De la révocation expresse, & de ce qui est nécessaire pour qu'elle soit valable.

La révocation est expresse, lorsque le testateur a déclaré expressément par quelqu'acte que ce soit, pourvu qu'il soit par écrit, qu'il révoque son Testament, ou qu'il révoque un tel legs ou une disposition particuliere.

Par le Droit Romain, un Testament ne pouvoit être révoqué que par un autre Testament qui fût solemnel. Par notre Droit François, nos Testamens n'étant autre chose que ce qu'étoient les codiciles d'un homme *intestat*, qui pouvoient se révoquer *nudâ voluntate*, nos Testamens peuvent aussi se révoquer par la nue volonté du testateur, pourvu qu'elle soit constatée par un acte par écrit; sans qu'il soit nécessaire que l'acte qui contient la révocation soit revêtu des formes des Testamens; c'est pourquoi, si un testateur déclare, par un acte devant Notaire, qu'il révoque son Testament, ou une telle disposition de son Testament, quoique l'acte qui contient cette révocation, ne soit pas revêtu des formalités des Testamens, la révocation ne laisse pas d'être valable. Il peut aussi faire cette révocation par un acte écrit, ou seulement signé de sa main.

De-là il suit que, quoiqu'un second Testament, qui contient une clause de révocation du premier, soit nul dans la forme, le premier ne laisse pas d'être révoqué par cette clause; car la révocation des Testamens pouvant se faire *nudâ voluntate*, quoique le second Testament, qui con-

tient la clause de révocation, ne soit pas revêtu des formalités nécessaires pour le rendre valable, il doit au moins être valable pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à ces formalités.

Au reste, la révocation doit être par écrit; il seroit trop dangereux de faire dépendre les dernieres volontés d'un testateur; du témoignage de témoins qu'on pourroit suborner pour assurer qu'il les a révoqués; on n'admet pas même la preuve testimoniale, qu'il y a eu un acte par écrit de révocation, lorsqu'il n'en paroît aucun. *Arrêt dans Soefv.* I, IV, 71, mais la preuve du fait de suppression peut être admise; on peut même prendre pour cela la voie criminelle.

Pour que la révocation expresse d'un legs particulier soit valable, il faut que la personne que le testateur a déclarée qu'il privoit de ce legs, soit la même personne à qui il l'a laissé. *Legatum nulli alii adimi potest, quàm cui datum est. L.* 21, ff. *de adim. leg.* C'est pourquoi si le testateur, après avoir légué une certaine somme au fils de Pierre, s'exprimoit ainsi dans un acte postérieur: je prive Pierre du legs que j'ai fait à son fils, le legs ne seroit point révoqué. *D. L.* 21.

Par la même raison, si le testateur, qui a légué à ma femme, déclare par la suite qu'il me prive de ce legs, le legs ne sera pas révoqué; mais cette disposition pourra s'entendre en ce sens, qu'il fait ce legs, à la charge qu'il n'entrera pas dans la communauté de biens qui est entre ma femme & moi.

Il faut, pour que la révocation d'un legs soit valable, que la chose dont le testateur déclare qu'il prive le légataire, soit la même chose qu'il lui avoit léguée, ou qu'elle en fasse partie. C'est pourquoi, si celui qui m'a légué l'usufruit d'un tel héritage, déclare par un autre acte, qu'il révoque le droit de passage qu'il m'a légué par cet héritage, cette révocation sera de nul effet, parce que ce droit de passage est une chose différente, & qui ne fait point partie de ce qu'il m'a légué. *L.* 3, §. 6, ff. *de adim. leg.*

Que si celui qui m'a légué un héritage, déclare qu'il révoque le legs qu'il m'a fait pour la propriété, ou bien qu'il le révoque pour l'usufruit, la révocation sera valable dans le premier cas, pour la nue-propriété, & je n'en pourrai prétendre que l'usufruit; & dans le second cas, elle sera valable pour l'usufruit, & je ne pourrai prétendre que la propriété, en laissant l'usufruit à l'héritier. *L.* 2, *ppio. &* §. 1, ff. *d. tit.* car ces choses sont en quelque façon partie de ce qui m'a été légué, le legs d'un héritage comprenant la propriété & l'usufruit. *Ususfructus pars fundi esse videtur.*

Si celui qui m'a légué soixante livres, déclare qu'il révoque le legs de quatre-vingt livres qu'il m'a fait, la révocation est valable; car les soixante livres qu'il m'a léguées sont comprises dans la somme de quatre-vingt. *L.* 3, §. 5, ff. *d. tit.*

Si celui qui m'a légué indéterminément un volume de sa bibliotheque, déclare qu'il ne me legue point son corps de Droit, la révocation est valable, à l'effet que je ne puisse choisir le corps de Droit. *LL.* 11 *&* 12, ff. *d. tit.*

§. II.

De la Révocation tacite.

La révocation tacite se présume en plusieurs cas. 1°. Lorsqu'un testateur, par un Testament postérieur, legue à quelqu'un une partie de ce qu'il lui avoit légué par un précédent, il est censé avoir tacitement révoqué le legs pour le surplus. *L.* 20, ff. *de instr. vel instrum. legato.*

Suivant ce principe, si un testateur par un premier Testament, avoit légué à son débiteur la remise de tout ce qu'il lui doit; & que par un second, il déclare qu'il lui fait remise de tous les intérêts qu'il lui devra au jour de sa mort, il est censé avoir révoqué le legs de la remise du principal. *L.* 28, §. 5, *de liber. leg.*

2°. Lorsqu'un testateur legue par un second Testament la même chose qu'il avoit léguée par un précédent Testament, à une autre personne; si quelques circonstances concourent, on présumera facilement que le testateur, par le legs porté au second Testament, a tacitement révoqué celui fait par le premier Testament. Un exemple de circonstance, qui peut en ce cas faire présumer la révocation du legs porté au premier Testament, c'est si le testateur, par le second Testament, lui legue d'autres choses à la place.

Que s'il n'y a aucune circonstance qui concoure pour établir cette présomption, le legs fait par un second Testament, de la même chose qui a été léguée par un premier Testament à une autre personne, n'emporte point la révocation de celui porté au premier Testament, & l'un & l'autre légataires sont admis au legs de cette chose, & sont entr'eux ce qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, dont nous parlerons par la suite.

Lorsqu'il y a lieu de présumer que le testateur, en léguant à une seconde personne la même chose qu'il avoit léguée à une premiere, a eu intention de révoquer le legs fait à la premiere personne, cette révocation du premier legs a lieu, quand même le second n'auroit eu aucun effet, ou même auroit été fait à un incapable. *L.* 34, ff. *de leg.* 1°.

Si néanmoins le second avoit été fait sous une condition, le testateur sera présumé n'avoir voulu révoquer le premier que sous cette condition, à moins que quelques circonstances ne fissent connoître qu'il a voulu le révoquer absolument. *L.* 7, ff. *de adim. leg.*

3°. Lorsque le testateur a barré ou raturé son Testament, en tout ou partie, il est censé avoir tacitement révoqué les dispositions qu'il a barrées. *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur. L.* 16, ff. *de adim. leg. passim tit. de his quæ in test. del.*

4°. L'aliénation que le testateur fait, à quelque titre que ce soit, d'une chose qu'il avoit léguée, renferme une révocation du legs qu'il en avoit fait, de telle maniere que le légataire ne peut pas la prétendre, à moins qu'il ne prouve par quelques circonstances que le testateur a conservé

la volonté de le lui léguer, ou du moins, que ça été sa derniere volonté. *L.* 15, ff. *de adim. leg.*

Quand même l'aliénation ne seroit pas valable, elle ne laisseroit pas de renfermer la révocation tacite du legs. Par exemple, si un mari donnoit pendant le mariage à sa femme la chose qu'il a léguée à quelqu'un, cette donation, quoique nulle, ne laisseroit pas de faire réputer le legs révoqué. *L.* 24, §. 1, ff. *de adim. leg.* Par la même raison, si une femme mariée vend ou donne, sans l'autorité de son mari, la chose qu'elle a léguée, cet acte, quoique nul, ne laissera pas d'être suffisant pour faire présumer le legs révoqué.

Mais, pour que l'aliénation de la chose léguée renferme la tacite révocation du legs, il faut qu'il l'ait fait de son plein gré, sans que rien l'obligeât de le faire; c'est pourquoi, si le testateur a vendu, dans quelque cas de nécessité urgente, la chose qu'il avoit léguée, on ne présumera point dans le testateur la volonté de révoquer le legs, & ce sera à l'héritier qui en est grevé à la prouver. *L.* 11, §. 12, ff. *de leg.* 3°.

Par la même raison, si le testateur qui avoit légué la part indivise qu'il avoit dans une maison, a aliéné cette part par une licitation à laquelle il a été provoqué, le legs ne devra pas être censé révoqué.

Observez aussi qu'un simple engagement, que le testateur feroit de la chose léguée, ne doit pas faire présumer la révocation du legs. *Paul sentent.* III, VI. 16. La raison est que le testateur, comptant en ce cas recouvrer la chose qu'il ne fait qu'engager, cet engagement n'a rien de commun à la volonté de la laisser après sa mort au légataire.

Par la même raison, je pense qu'une vente faite, sous faculté de réméré, ne doit pas faire présumer la révocation du legs de la chose, ainsi vendue, d'autant même que ces ventes sont faites *ex causâ alicujus urgentis necessitatis*.

5°. De grandes inimitiés survenues depuis le Testament, entre le testateur & le légataire, font présumer la révocation du legs. *L.* 3, §. 11, *L.* 22, *L.* 31, §. 2, ff. *de adim. leg.* à moins qu'il n'y eût eu entr'eux une reconciliation parfaite. *L.* 4, ff. *d. tit.* mais une légere brouillerie, un petit refroidissement, ne donnent pas lieu à cette présomption.

On doit aussi avoir égard à la qualité de la personne du légataire; si le légataire n'avoit d'autre titre que celui d'ami du testateur, pour avoir mérité le legs qui lui a été fait, l'inimitié survenue depuis, fait facilement présumer la révocation de ce legs; mais si le légataire étoit l'un des enfans du testateur, ou son plus proche parent en collatérale, ou son insigne bienfaiteur, on ne présumera pas si facilement la révocation du legs; car, en ce cas, on peut croire que, si le testateur n'a pas révoqué le legs, c'est qu'il a été plus sensible aux liens du sang, ou aux bienfaits reçus qui lui rendent chere la personne du légataire, qu'à l'offense qu'on présume qu'il lui a pardonnée.

Suivant ces principes, le legs fait à un domestique doit être censé révoqué si le testateur depuis, l'a chassé de chez lui par mécontentement.

Il en seroit autrement, s'il en étoit sorti, parce qu'il n'étoit plus en état de servir, ou qu'il eût demandé son congé pour prendre un établissement de l'agrément de son maître.

6°. Lorsqu'il est évident que le testateur a été porté à faire le legs par un motif unique qui vient à cesser, le legs est présumé révoqué. La Loi 25, ff. *de adim. leg.* en contient un exemple : Un testateur avoit légué un héritage à l'un de ses héritiers, & il avoit légué à l'autre de ses héritiers une créance jusqu'à concurrence de la valeur du prix de l'héritage qu'il avoit légué au premier : le legs fait au premier ayant été depuis révoqué par l'aliénation volontaire que le testateur avoit faite de l'héritage, le Jurisconsulte décide que celui fait au second, doit être aussi présumé révoqué, parce qu'il est évident qu'il ne lui avoit fait que pour l'égaler au premier héritier, & que ce motif pour lequel ce legs lui avoit été fait, étant venu à cesser par l'extinction du legs fait au premier, il devoit être présumé révoqué.

La Loi 30, §. 2, ff. *de tit.* en contient un autre exemple à l'égard d'un legs fait par le testateur à une personne, pour récompense du soin dont il le chargeroit de faire conduire son corps dans un certain lieu de sépulture, ayant depuis déclaré son changement de volonté sur cette sépulture, le Jurisconsulte décide que le legs doit être présumé révoqué.

Suivant ces principes, si le testateur avoit fait un legs à son exécuteur testamentaire, & que par un autre acte, il en nommât à sa place un autre, on pourroit présumer qu'il auroit révoqué le legs qu'il lui avoit fait en considération & pour récompense de l'exécution dont il le chargeoit.

§. III.

Si le testateur peut s'interdire le pouvoir de révoquer les legs qu'il a faits, & les autres dispositions testamentaires.

Les legs & autres dispositions testamentaires étant, par leur nature, des ordonnances de derniere volonté, & par conséquent étant essentiellement ce que le testateur est censé avoir librement voulu au dernier instant qu'il a cessé de vouloir ; il suit de-là qu'il est de leur essence que ces dispositions soient toujours révocables, & que le testateur ne peut par conséquent s'interdir la faculté de les révoquer. *Nemo potest sibi Testamento eam legem dicere ut à priore ei recedere non liceat. L. 22, ff. de leg. 3°.*

La promesse que le testateur feroit de révoquer un legs, seroit donc nulle ; soit qu'elle fût faite par testament, soit qu'elle fût faite par quelqu'acte postérieur.

Cela a lieu, quand même il l'auroit confirmée par le serment ; car le serment qui est employé pour confirmer la promesse, n'est qu'un accessoire de la promesse ; d'où il suit que, si la promesse par elle-même est nulle, le serment qui la confirme ne peut être valable, selon cette maxime de Droit : *cum principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum obtinent.*

Non-

Non-seulement un testateur ne peut pas s'interdire absolument le pouvoir de changer ses ordonnances de derniere volonté, il ne peut pas même gêner ce pouvoir; c'est pour cette raison que l'Ordonnance déclare de nul effet toutes les clauses dérogatoires par lesquelles un testateur déclare par son Testament, qu'il veut que tous ceux qu'il feroit par la suite, qui contiendroient quelque chose contre & outre ce qui est porté au présent Testament, ne seroient pas valables, s'il ne s'y trouvoit une telle sentence; comme par exemple : *Beatus vir qui timet Dominum ;* ou une telle formalité, s'ils n'étoient scellés du sceau de ses armes; l'Ordonnance déclare ces clauses de nul effet, & veut que les Testamens postérieurs soient valables, & puissent révoquer le précédent, quoique le testateur n'y ait pas observé ce qu'il s'étoit prescrit par le précédent; la raison est, que le pouvoir qu'il a de révoquer son Testament, ne doit point être gêné & assujetti à des formalités qu'il pouvoit oublier s'être imposées.

Ce principe que les legs, & autres semblables dispositions, ne peuvent jamais être irrévocables, souffre une exception à l'égard des institutions contractuelles, dont nous traiterons en particulier dans un appendice.

Il souffroit encore une exception avant l'Ordonnance, à l'égard des Testamens mutuels; car, lorsque deux personnes, par un Testament mutuel, s'étoient mutuellement légué leurs biens au survivant d'eux, & après sa mort à un tiers, le survivant qui avoit recueilli le legs du prédécédé, ne pouvoit plus révoquer celui qu'il avoit fait à un tiers. L'Ordonnance de 1735, a abrogé l'usage de ces Testamens.

On demande si la reconnoissance portée par un Testament, que le testateur doit une certaine somme à une personne, est révocable ? Il faut distinguer, en tant qu'elle contient une preuve de la dette, elle n'est pas révocable; la preuve qui subsiste de cet aveu, subsiste nonobstant la révocation de cet aveu, & dispense le créancier de rapporter d'autres preuves de sa créance; mais cette reconnoissance, en tant qu'elle contiendroit un legs de la somme que le testateur a reconnu devoir, quoique le testateur ne la dût pas effectivement, est revocable, & la révocation a cet effet, que l'héritier, qui ne seroit pas recevable à prouver que cette somme n'étoit pas due, si la reconnoissance n'avoit pas été révoquée, parce que cette reconnoissance vaudroit comme legs, sera recevable à faire cette preuve, & à détruire celle qui résulte de l'aveu.

SECTION III.

De l'Extinction du legs de la part du Légataire.

Les legs s'éteignent de la part du légataire, 1°. Par son prédécès. 2°. Lorsqu'il devient incapable. 3°. Lorsqu'il s'en est rendu indigne. 4°. Par la répudiation qu'il fait des legs.

§. I.

De l'Extinction des legs par le prédécès du Légataire, ou par son incapacité.

Il est évident que le legs s'éteint, lorsque le légataire meurt avant le testateur; car les legs n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, ils ne peuvent donner aucun droit au légataire que dans ce temps; le légataire qui est mort avant ce temps, est donc mort sans avoir pu acquérir aucun droit qui résultât du legs, & il n'a pu par conséquent en transmettre aucun dans sa succession.

Que, si le légataire a survécu le testateur, le legs, qui est pur & simple, n'est point éteint par la mort du légataire, quoiqu'il meurt avant que d'avoir accepté le legs, & même avant que d'en avoir eu connoissance; car le droit qui résulte des legs, est acquis aux légataires par la vertu de la Loi, même sans qu'ils le sçachent.

Lorsque le legs est conditionnel, le legs est éteint par la mort du légataire avant l'existence de la condition, quoique depuis la mort du testateur, car ces legs n'ayant leur effet, & ne pouvant acquérir de droit aux légataires que du jour de l'existence de la condition, ils ne peuvent en avoir aucun, lorsque le légataire se trouve mort dans ce temps; les conditions de legs n'ont pas un effet rétroactif au temps de la mort du testateur, en quoi elles sont différentes de celles des actes entre-vifs, & la raison de différence est que ceux qui contractent, contractent tant pour eux que pour leurs héritiers; c'est pourquoi le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu du contrat, acquis apres leur mort à leurs héritiers lors de l'existence de la condition, laquelle, pour cet effet, a un effet rétroactif au temps du contrat; au lieu que le testateur ne legue qu'à la personne du légataire; il n'a point en vue par son Testament les héritiers du légataire, c'est pourquoi le droit qui résulte du Testament ne peut être, en vertu du Testament après la mort du légataire, acquis à ses héritiers par l'existence de la condition, à laquelle, pour cela, on ne donne point d'effet rétroactif.

Il y a de certains legs qui ne sont point sujets à s'éteindre par la mort du légataire; tels sont ceux qui sont faits à des Corps & Communautés qui ne meurent point. Tels sont ceux qui sont faits à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre qui ne meurt point, & passe à ses successeurs; par exemple, si quelqu'un léguoit au Roi, un tel legs ne seroit point éteint par la mort du Roi aujourd'hui régnant avant le testateur; *quod Principi relictum est qui, antequàm dies legati cedât, ab hominibus ereptus est.... successori debetur. L.* 56 ff. *leg.* 2°. La raison est qu'un tel legs est censé fait, non pas tant à la personne du Roi régnant, qu'au Roi qui ne meurt jamais.

Il en est de même des legs qui seroient faits au Curé d'une telle Paroisse, au Lieutenant Général d'un tel Bailliage, au Doyen de l'Université, &c.

Ce sont les circonstances qui doivent beaucoup servir à décider, si les legs doivent être présumés faits plutôt au titre qu'à la personne; car si le testateur avoit des liaisons personnelles de parenté ou d'amitié avec la personne d'un Procureur du Roi, d'un Doyen de l'Université, &c. le legs fait en ces termes, au Procureur du Roi, au Doyen de l'Université, &c. pourroit être présumé fait à la personne que le testateur auroit désignée par sa qualité, au lieu de la désigner par son nom.

Par la même raison, que les legs s'éteignent par la mort du légataire, avant celle du testateur, ou avant l'existence de la condition, ils doivent aussi s'éteindre par l'incapacité du légataire, qui, lors de la mort du testateur, ou de la condition qui donne ouverture au legs, s'en trouve incapable, comme s'il étoit devenu Religieux, s'il avoit perdu la vie civile par une condamnation capitale. Voyez ce que nous avons dit, Chap. 2, art. 2.

§. II.

De l'extinction des legs par l'indignité des Légataires.

Par le Droit Romain, les legs ne s'éteignoient pas proprement par l'indignité du légataire qui s'en rendoit indigne, le fisc les recueilloit en sa place. Par notre Droit François, la chose léguée demeure pardevers celui qui a été grevé du legs, lorsque le légataire s'en est rendu indigne; c'est pourquoi l'indignité est une maniere dont les legs s'éteignent de la part du légataire.

Il y avoit un grand nombre de causes d'indignité par le Droit Romain, qui ne sont pas reçues dans nos usages.

Les causes d'indignité parmi nous, sont, 1°. Si le légataire a été complice de la mort du testateur; s'il avoit fait quelque injure sanglante à sa mémoire.

2°. Si quelqu'un a empêché le testateur de révoquer le Testament qu'il avoit fait en sa faveur, ou même d'y retoucher, il doit être privé, comme indigne, des legs qui lui ont été faits, car son dol ne doit pas lui être profitable, & lui assurer des legs que le testateur auroit peut-être révoqués, s'il n'eût été empêché de retoucher son Testament.

A l'égard des autres légataires auxquels le testateur a fait des legs par le Testament qu'il avoit intention de retoucher, ou même de révoquer, s'ils n'ont point été complices des manœuvres de celui qui a empêché le testateur de révoquer, ou retoucher son Testament, ils ne doivent point être privés de leur legs; car n'ayant rien fait qui les en rende indignes, ils ne peuvent en être exclus qu'autant que le testateur auroit effectivement révoqué les legs qu'il leur a faits; & l'envie qu'il

paroît avoir eue de retoucher son Testament, ou d'en faire un nouveau, n'est pas une vraie révocation de ce legs.

Ces faits d'indignité, qu'un légataire a empêché le testateur de retoucher son Testament, peuvent être prouvés par témoins, comme le peut être un autre délit; le Juge néanmoins doit permettre cette preuve avec circonspection.

3°. Une espece de cause d'indignité, selon nos usages, est lorsque la personne que le testateur avoit nommée pour son exécuteur testamentaire, refuse de se charger de cette exécution; il est, en conséquence de ce refus, non-recevable à demander les legs qui paroîtront lui avoir été faits dans la vue de le récompenser du soin de cette exécution.

Par la même raison, quoiqu'il n'y ait point dans notre Droit de tutelle testamentaire, néanmoins si le testateur avoit nommé quelqu'un de ses parens pour tuteur de ses enfans, & lui eût fait quelque legs; si le Juge, sur l'avis de la famille, avoit nommé cette personne pour tuteur, & que cette personne s'excusât de la tutelle par quelque privilege, elle seroit non-recevable à demander le legs qui paroîtroit lui avoir été fait dans cette vue.

§. III.

De la Répudiation des Legs.

Le legs s'éteint de la part du légataire, lorsqu'il le répudie.

Pour qu'un légataire puisse valablement répudier le legs qui lui est fait, il faut qu'il soit usant de ses droits; une femme qui est sous puissance de mari, ne peut donc valablement répudier le legs qui lui est fait, sans l'autorité de son mari; un mineur qui est sous puissance de tuteur ne le peut pareillement.

Quand même il seroit émancipé, sa minorité le rendroit restituable contre la répudiation qu'il feroit du legs, à moins que ce ne fût un legs modique, de quelque somme, ou chose mobilière; car les émancipés peuvent dissiper leurs meubles sans restitution.

Lorsqu'une autre personne que celle à qui le legs a été fait, en doit profiter, c'est celle qui en doit profiter, qui peut valablement répudier le legs; c'est pourquoi, le mari qui est en communauté de biens avec sa femme, peut valablement répudier le legs fait à sa femme, qui seroit entré en sa communauté, & il n'a pas besoin, pour cette répudiation, du consentement de sa femme. On pourroit néanmoins tirer argument de la Loi 26, *Cod. de fid.* pour dire qu'en ce cas, la femme pourroit se faire autoriser à le demander au refus de son mari, puisqu'il est décidé en cette Loi, que le fils de famille peut demander le legs qui lui a été fait, & que son pere, qui auroit pu l'acquérir *jure patriæ potestatis*, auroit répudié. Il paroît par les Basil. *lib.* 2, *cap.* 8, §. 3, que cette Loi est dans l'espece d'un fils de famille.

Cela surtout doit être accordé à la femme, lorsqu'elle a droit de reprendre, en cas de rénonciation à la communauté, ce qui est entré à cause d'elle en communauté.

La répudiation d'un legs se fait, ou expressément, ou tacitement.

Le consentement qu'un légataire donneroit à la vente que feroit l'héritier de la chose qui lui est léguée, est regardé comme une répudiation qu'il fait de son legs, à moins qu'il ne parût par les circonstances, que son intention n'a pas été de répudier le legs, mais de consentir à recevoir le prix au lieu de la chose. *L.* 120, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *L.* 88, §. 14, ff. *de leg.* 2°. Que si un légataire a seulement souscrit comme témoin au contrat de vente de la chose qui lui a été léguée, on n'en doit point induire une rénonciation au legs. *L.* 34, §. 2, ff. *de leg.* 2°.

Il nous reste à observer que, quoiqu'un légataire, à qui le testateur a fait deux ou plusieurs legs, en puisse accepter l'un & répudier l'autre, néanmoins, si l'un desdits legs a été fait sous certaines charges, le légataire ne peut pas, pour se soustraire aux charges qui lui sont imposées, le répudier & accepter celui qui est fait sans charges. L. 5, *ppio.* & §. 1, ff. *de leg.* 2°. & *L.* 22, ff. *de fid. libert.*

SECTION IV.

De l'Extinction des legs de la part de la chose léguée.

Les legs s'éteignent de la part de la chose léguée, lorsqu'elle périt, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible du legs que le testateur a fait de cette chose.

ARTICLE I.

De l'Extinction du legs lorsque la chose périt.

§. I.

A l'égard de quel legs la Regle reçoit-elle application, & quelles exceptions souffre-t-elle ?

La regle que nous venons d'établir, que les legs s'éteignent lorsque la chose léguée périt, ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des legs de choses certaines & déterminées.

Un legs d'une chose indéterminée ne peut pas s'éteindre de cette maniere ; par exemple, le legs d'un cheval indéterminé ; car ce legs, jusqu'à ce qu'il soit acquitté par la prestation d'un cheval, n'étant déterminé à aucun cheval, la mort d'aucun cheval ne peut donner lieu à l'extinction de ce legs, parce qu'on ne peut dire d'aucun cheval, qu'il soit la

chose qui a été léguée ; il faudroit, pour que la chose qui fait l'objet d'un tel legs pérît, que toute l'espece des chevaux fût périe.

Il en est de même du legs d'une somme d'argent ; car ce n'est pas l'argent précisément, qui se trouve dans les coffres du testateur à sa mort, qui fait l'objet de ce legs, c'est une telle somme d'argent *in abstracto*.

Au reste, les legs des choses certaines s'éteignent par l'extinction de la chose léguée, soit que ce soit une chose corporelle, soit que ce soit une chose incorporelle qui ait été léguée ; par exemple, si le testateur m'a légué une certaine créance, le legs est éteint si le testateur a reçu le paiement de son vivant, ou qu'il soit devenu l'héritier de son débiteur. *L.* 21, ff. *de lib. leg.* car cette créance, qui étoit la chose léguée, se trouve éteinte par le paiement, ou par la confusion.

Le legs alternatif de deux choses certaines, s'éteint par l'extinction des choses léguées, comme le legs pur & simple ; mais comme dans les legs alternatifs de deux choses, les deux choses sont léguées, le legs n'est éteint que par l'extinction des deux choses ; lorsqu'il n'en est péri qu'une, le legs subsiste dans celle qui reste.

Que si l'héritier grevé du legs, avoit offert l'une des deux au légataire, & l'eût mis en demeure de la recevoir ; en ce cas, l'extinction de la seule chose qui a été offerte, opéreroit l'extinction du legs, parce que le legs, par ces offres, d'alternatif qu'il étoit, avoit été déterminé à la chose offerte.

§. II.

Quand une chose est-elle censée périe ?

Une chose est périe, lorsque ce qui constituoit sa substance, ne subsiste plus.

Ce qui constitue la substance de chaque chose, n'est pas tant la matiere dont elle est composée, que la forme qui lui est propre, qui la caractérise essentiellement, & qui la différencie des autres choses. C'est pourquoi, lorsque cette forme est détruite, quoique la matiere, dont la chose étoit composée, subsiste, & qu'elle n'ait fait que passer à une autre forme, la chose est censée périe, & le legs qui auroit été fait de cette chose est éteint.

Par exemple, si un testateur avoit légué la laine qu'il avoit chez lui, & qu'il en eût fait des habits, le legs seroit éteint par l'extinction de la chose léguée : *Lana legata, vestem quæ ex eâ facta sit deberi non placet.* L. 88, ff. *de leg.* 3°. Car, quoique la matiere ne soit pas détruite, & se trouve dans les habits qui en ont été faits, néanmoins comme elle ne subsiste plus dans sa forme de laine, mais dans la forme d'habits, il est vrai de dire que la laine qui a été léguée ne subsiste plus, parce que des habits, quoique faits de laine, sont quelque chose de différent de la laine.

Du principe que c'est la forme propre & caractéristique de chaque chose qui constitue l'essence & la substance des choses, plutôt que la matiere dont elles sont composées, naît une autre conséquence, qui est l'inverse de la précédente; savoir qu'une chose n'est pas censée périe, tant que la forme qui constitue sa substance subsiste, quoiqu'il ne reste plus rien de l'ancienne matiere dont elle étoit composée.

Par exemple, si un bâtiment, comme un moulin, ou un bateau, ont été si souvent réparés depuis le Testament, qu'il ne reste presque plus rien, ou absolument rien des différentes parties dont il étoit pour lors composé; néanmoins étant toujours resté en sa forme de moulin ou de bateau, la chose est censée être la même qui a été léguée, & le legs n'est point éteint. *L.* 65, §. 2, ff. *de leg.* 2°. *L.* 24, §. 4, ff. *de leg.* 1°.

Par la même raison, lorsque quelqu'un a légué un troupeau, ou un fonds de boutique, quoiqu'il ne reste plus aucune des bêtes qui composoient le troupeau, ni aucune des marchandises qui composoient le fonds de boutique au temps du Testament, d'autres bêtes & d'autres marchandises leur ayant été substituées; néanmoins le troupeau & le fonds de boutique, ayant toujours demeuré en son état de troupeau ou de fonds de boutique, le legs n'est point éteint, & le légataire peut demander la délivrance du troupeau, ou du fonds de boutique qui se trouve lors de l'ouverture du legs.

Observez que tout changement dans la forme d'une chose n'opere pas sa destruction, mais seulement le changement de cette forme qui en constituoit la substance; par exemple, si un testateur a légué un certain morceau de terre, & que depuis son Testament, il ait construit un édifice sur ce morceau de terre, le changement qui est arrivé dans la forme de ce morceau de terre nue, qui est devenue occupée par un bâtiment, n'opere pas l'extinction du morceau de terre; car ce morceau de terre, quoiqu'occupé par un bâtiment, est toujours un morceau de terre; la forme qui constitue la substance du morceau de terre n'est pas détruite, la forme de bâtiment qui lui est survenue n'est qu'une forme accidentelle; c'est pourquoi le legs ne sera pas éteint, & le légataire peut demander la délivrance du morceau de terre, avec le bâtiment qui y a accédé & en fait partie. *Si area legata domus sit imposita debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem*, (ce qu'il faudroit que l'héritier prouvât.) *L.* 44, §. 4, ff. *de leg.* 1°.

§. III.

Si, lorsque la chose léguée est détruite, le legs subsiste au moins dans ce qui en reste; & des accessoires de la chose léguée.

Il n'y a que l'extinction totale de la chose léguée, qui opere l'extinction totale du legs; lorsqu'il reste quelque partie de la chose léguée, le legs subsiste pour cette partie qui reste.

Par exemple, si on m'a légué un troupeau de bœufs, & qu'il n'en reste qu'un seul, le legs subsistera pour celui qui reste. *L.* 22, ff. *de leg.* 1°. car, quoiqu'un seul bœuf ne puisse pas former un troupeau, néanmoins lorsqu'il reste un des bœufs qui composoient le troupeau, il est vrai de dire que le troupeau n'est pas entiérement & totalement detruit, & que le bœuf qui reste est une partie du troupeau légué.

Par la même raison, si on m'a légué une maison, qui depuis a été brûlée, *d. L.* 22, le legs subsiste pour la place qui reste de cette maison, car la place est une partie de la maison; la maison n'est pas détruite entiérement, il en reste la place qui en fait partie.

C'est pourquoi, si le testateur y a construit une autre maison, elle appartiendra au légataire comme accessoire de cette place qui faisoit partie de ce qui lui a été légué, suivant les principes de la Loi 44, §. 4, ff. *de leg.* 1°. citée à la fin du paragraphe précédent.

Il est vrai que la Loi 65, §. 2, ff. *de leg.* 1°. dit formellement le contraire, mais elle ne fait que rapporter le sentiment de Celse, qui n'a pas été suivi, comme il paroît par la Loi 98, §. 8, ff. *de solut.* Les anciens Jurisconsultes n'avoient pas été d'accord sur cette question.

Il en est autrement lorsque le legs est non de la maison, mais de l'usufruit de la maison; lorsque la maison est brûlée, le legs est totalement éteint, parce que la chose léguée est totalement éteinte, le droit d'usufruit, qui est la chose léguée étant le droit d'habiter la maison, ce droit d'habiter est totalement détruit, lorsqu'il ne reste plus que la place, une place n'étant pas susceptible d'habitation. C'est la décision de la Loi 5, §. 2, ff. *quid. mod. ususf. exting.*

Pour revenir à ce qui concerne les legs des choses corporelles, le legs subsiste à la vérité en partie, lorsque la chose n'a été détruite qu'en partie; mais lorsque la chose léguée a péri totalement avant l'ouverture du legs, ce qui en reste ne peut être prétendu par le légataire, parce que l'extinction totale de la chose léguée emporte l'extinction totale du legs.

C'est sur ce fondement que les Loix décident que, lorsqu'on a légué un certain bœuf qui est mort, le légataire n'en peut demander la peau, *mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur. L.* 49, ff. *de leg.* 2°. Et pareillement, lorsqu'un bateau légué a été dépecé, le légataire n'en peut demander les planches, *nave legatâ dissolutâ nec materia debetur. L.* 88, §. 2, ff. *de leg.* 3°. car un bœuf est totalement péri lorsqu'il est mort, le bateau est totalement détruit lorsqu'il est dépecé; on ne peut pas dire que le bœuf légué subsiste en partie par le cadavre qui en reste, & que le bateau subsiste en partie par les planches qui en restent, l'extinction de la chose léguée étant donc en ce cas une extinction totale, elle emporte l'extinction totale du legs; & le légataire ne peut pas prétendre ce qui reste de la chose, parce que c'est le reste d'une chose qui a existé, & qui n'existe plus; & non pas comme dans l'espece précédente, le reste d'une chose qui n'a été détruite qu'en partie, & qui subsiste au moins en partie dans ce qui en reste.

Que

Que, si la chose léguée n'a été totalement détruite que depuis l'ouverture du legs ; par exemple, si le bœuf qui a été légué n'est mort que depuis la mort du testateur, ce qui en reste, comme la peau, &c. doit appartenir au légataire, parce que la chose léguée ayant été une fois acquise au légataire par l'ouverture du legs, tout ce qui en reste doit lui appartenir ; car tout ce qui reste d'une chose appartient à celui qui en étoit le propriétaire, *meum est quod ex re meâ superest.*

Il faut faire la même distinction à l'égard des accessoires de la chose léguée, lorsque la chose est totalement périe avant l'ouverture du legs, les accessoires de cette chose ne peuvent être prétendus par le légataire, parce que le legs est totalement éteint, & parce que n'étant qu'accessoires de la chose léguée, ils ne sont pas compris au legs *per se*, mais seulement comme accessoires de la chose léguée, dont ils cessent d'être les accessoires, lorsqu'elle ne subsiste plus, ne pouvant pas y avoir d'accessoire sans chose principale ; par exemple, si un Officier a légué à son camarade son cheval de bataille tout harnaché, si le cheval est mort avant l'ouverture du legs, le légataire ne pourra prétendre l'équipage de ce cheval, car il n'étoit compris au legs qu'en tant qu'accessoire du cheval, & il ne peut plus y avoir d'accessoire d'une chose qui n'est plus, *quæ accessionum locum obtinent extinguntur cùm principales res peremptæ fuerint. L.* 2, ff. *de pecul. leg.*

Que si la chose principale n'étoit périe que depuis l'ouverture du legs, cette chose ayant été une fois acquise au légataire avec ses accessoires, lesdits accessoires continueroient de lui appartenir.

§. IV.

Des Exceptions que souffre la Regle ; que le legs s'éteint par l'extinction de la chose léguée.

Cette regle souffre une premiere exception, lorsque c'est par le fait de celui qui étoit grevé du legs que la chose léguée est périe ; car il n'est pas juste que son fait préjudicie au légataire, il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe par son fait.

Si néanmoins c'étoit par un fait que l'héritier eût dû faire que la chose léguée fût périe, il ne feroit point tenu d'en indemniser le légataire. *Arg. leg.* 53, §. 3, ff. *de leg.* 3°.

Par exemple, si le cheval légué étant devenu morveux, l'héritier l'a tué pour obéir à une ordonnance de Police de tuer tous les chevaux morveux ; si l'héritier, dans les circonstances d'un incendie, a abattu la maison léguée pour couper la communication du feu, l'héritier en ces cas, & autres semblables, ne fera point tenu de payer au légataire le prix de la chose léguée périe par son fait, parce qu'il n'a fait que ce qu'il devoit faire.

Une seconde exception est, lorsque la chose léguée est périe à la vérité sans le fait, mais par la faute de l'héritier grevé du legs, il est obligé d'en payer l'estimation au légataire à qui il n'a pu par sa faute préjudicier.

La faute dont l'héritier grevé du legs est tenu à cet égard, est la faute légere. *L.* 47, §. 5, ff. *de leg.* 1°. Si néanmoins l'héritier étoit grevé de rendre à quelqu'un incontinent tout ce que le testateur lui laisse, sans qu'il profitât de rien, il ne devroit être tenu que de la faute grossiere, *de latâ culpâ. L.* 22, §. 3, ff. *ad Trebell.* C'est ainsi que je pense que se doivent concilier ces deux Loix.

Une troisieme exception est, lorsque la chose léguée est périe depuis que l'héritier grevé du legs a été mis en demeure de la délivrer; car, en ce cas, comme le légataire ne doit pas souffrir de sa demeure injuste, il doit payer au légataire l'estimation de la chose léguée périe depuis sa demeure. *L.* 39, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *& passim.* Il n'y est néanmoins tenu qu'au cas auquel le légataire n'en auroit pas également souffert la perte, si elle lui eût été délivrée, *putà*, parce qu'il l'auroit vendue auparavant; que s'il paroît que le légataire en eût également souffert la perte, si elle lui eût été délivrée, comme en ce cas il ne souffre rien de la demeure qui lui en a été faite, l'héritier n'est point obligé à lui payer l'estimation de la chose périe depuis la demeure. *L.* 47, §. *fin.* ff. *de leg.* 1°.

Observez que, pour que l'héritier soit tenu de la perte de la chose léguée, périe depuis sa demeure, il faut qu'elle soit périe pendant qu'il continuoit à être en demeure; que si elle n'est périe qu'après qu'il a purgé sa demeure, par des offres qu'il a faites de lui délivrer la chose léguée, qu'il a été mis en demeure de la recevoir, la perte en ce cas tombe sur le légataire. *Arg. Leg.* 91, §. 3, ff. *de verb. obl.*

Observez aussi que, lorsqu'il y a plusieurs héritiers tenus du legs, & que la terre léguée est périe par le fait ou par la faute de l'un d'eux, ou depuis que l'un d'eux a été mis en demeure, il n'y a que celui d'entr'eux par le fait ou la faute duquel la chose est périe, ou qui a été mis en demeure, qui soit tenu de la perte de la chose léguée, les autres n'en sont pas tenus. *L.* 48, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

En cela, les cohéritiers sont différens des débiteurs solidaires, qui sont tous tenus à cet égard du fait, de la faute, ou de la demeure de l'un d'entr'eux. *L.* 18, ff. *de duob. reis.*

ARTICLE II.

De l'Extinction du legs, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

Le legs est éteint, lorsque la chose léguée a cessé d'être susceptible du legs qui en a été fait au légataire.

De-là il suit, 1°. que si depuis le Testament, le légataire a acquis une propriété pleine & parfaite, à titre lucratif, de la chose qui lui a été léguée,

le legs est éteint; car la chose léguée étant devenue sa propre chose à titre lucratif, elle n'est plus susceptible du legs qui lui en a été fait.

De-là il suit, 2°. que les choses qui sont hors le commerce, n'étant pas susceptibles de legs, si la chose léguée est mise hors du commerce, le legs est éteint; comme par exemple, si le morceau de terre, qui a été légué, a été pris pour en faire le grand chemin.

Si néanmoins c'étoit par le fait, ou par la faute de l'héritier tenu du legs, ou depuis sa demeure, que la chose léguée eût cessé d'être dans le commerce, il seroit obligé d'en indemniser le légataire; de même que, lorsqu'elle est périe par son fait, ou par sa faute, ou depuis sa demeure, il est obligé de l'en indemniser.

Si la chose léguée avoit été mise hors du commerce, à la charge de payer des deniers publics une indemnité aux propriétaires, comme lorsqu'on a pris ici des maisons pour faire la rue Royale; en ce cas, il n'est pas douteux que, si la maison n'a été ainsi mise hors du commerce que depuis l'ouverture du legs, c'est au légataire que cette indemnité est due, puisqu'il en étoit devenu le propriétaire, & l'avoit acquise lors de l'ouverture du legs; mais il en doit être autrement, si la chose léguée a été mise hors du commerce avant l'ouverture du legs; car, ne se trouvant plus lors de la mort du testateur, ou de la condition qui devoit donner ouverture au legs, aucune chose qui soit susceptible du legs, *dies legati inutiliter cedit*, le legs se trouve entiérement éteint dès avant qu'il puisse être ouvert.

SECTION V.

Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne recueille pas le legs? Du concours des colégataires, & du droit d'accroissement.

§. I.

Qui doit profiter de la chose léguée, lorsque le légataire ne recueille pas le legs?

Lorsqu'un légataire ne recueille pas le legs qui lui a été fait, soit par son prédécès, soit par son incapacité ou indignité, soit parce qu'il le répudie, ou pour quelque cause que ce soit, si le testateur lui a substitué quelqu'un par substitution vulgaire, & que cette substitution ne soit suspendue par aucune condition, c'est ce substitué qui recueille le legs à sa place.

A défaut de substitué, il y a lieu au droit d'accroissement, lorsque ce légataire a des colégataires, comme nous le verrons ci-dessous, §. 3.

A défaut de substitué & de colégataires, la chose léguée, ou la somme léguée reste pardevers les héritiers, ou autres qui étoient grevés, de la prestation du legs, & ce sont eux qui en profitent.

Lorsqu'il y a un légataire, on demande si ce sont les héritiers ou le légataire universel, qui doivent profiter de l'extinction des legs particuliers. Il y en a qui ont voulu distinguer le cas auquel le testateur auroit commencé par faire un legs universel, & fait ensuite des legs particuliers, & celui auquel, après les legs particuliers, il auroit légué le surplus de ses biens; ils conviennent qu'au premier cas, le légataire universel profite de l'extinction des legs particuliers, ce qui ne peut souffrir de difficulté, les legs particuliers n'étant en ce cas que des délibations ou diminutions du legs universel qui demeure en son entier, lorsqu'il n'y a pas lieu à ces délibations & diminutions par l'extinction des legs qui les contenoient; ils pensent qu'il en doit être autrement au second cas, parce que le testateur, léguant le surplus de ses biens au légataire universel, ne lui a point, disent-ils, légué les choses comprises aux legs particuliers qui les précedent. Pour moi, je pense que même en ce cas, le légataire universel doit profiter des choses & sommes comprises dans les legs particuliers qui sont éteints, & que ces termes, *le surplus de mes biens*, doivent s'entendre non en ce sens, le surplus de ce qui est exprimé, mais en ce sens, le surplus de ce qu'auront ceux à qui j'ai fait les legs particuliers ci-dessus. Telle est l'intention ordinaire de ceux qui font des legs universels. Ricard rapporte un arrêt qui a décidé pour notre sentiment.

Lorsque c'est un légataire particulier qui a été chargé de restituer à un autre, en tout ou en partie, ce qui lui avoit été laissé, & que ce fidéicommis dont il étoit grevé, vient à s'éteindre par le prédécès ou la répudiation du fidéicommissaire, ou pour quelqu'autre cause, c'est le légataire qui étoit grevé de ce fidéicommis, qui doit profiter plutôt que l'héritier, de l'extinction de ce fidéicommis, & qui doit garder pardevers lui ce qu'il avoit été chargé de restituer; c'est la décision de la loi 60, ff. *de leg.* 2°. & de quelques autres, *tit. de leg. n.* 405.

Il en seroit néanmoins autrement, s'il paroissoit par les circonstances que le testateur avoit eu intention de faire cette personne un simple exécuteur de ses volontés, & non de lui léguer.

§. II.

Du concours entre plusieurs légataires d'une même chose.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs la même chose, ou la même somme, & que tous ces légataires de cette chose, ou de cette somme, acceptent le legs, la chose léguée, ou la somme léguée, se partage entr'eux, par portions viriles, c'est-à-dire, par portions égales, & en autant de parts égales qu'il y a de personnes.

Par exemple, si un testateur s'est exprimé ainsi : je legue à Pierre une somme de 10000 liv.; je legue à Paul la même somme de 10000 liv. que j'ai ci-dessus déjà léguée à Pierre; cette somme de 10000 liv. se partage par portions égales entre Pierre & Paul auxquels elle est léguée.

Pareillement, s'il est dit: je legue à Pierre, à Paul, & à Jean, ma maison de la Corne, Pierre, Paul & Jean la partageront chacun par tiers.

Quand même Pierre, Paul & Jean auroient été, par une autre disposition, légataires universels avec d'autres pour des portions inégales, ils devroient partager la chose particuliere qui leur est léguée, non pour les portions qui leur ont été assignées dans le legs universel, mais par portions viriles & égales. *Arg. leg.* 67, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Ce partage entre plusieurs légataires de la chose léguée, a lieu, soit qu'elle leur ait été léguée *disjunctìm*, par des dispositions ou phrases séparées; soit qu'elle leur ait été léguée *conjunctìm*, par une même phrase ou disposition.

Mais observez que, si le legs a été fait à quelqu'un d'entr'eux *disjunctìm*, par des phrases & dispositions séparées, & à d'autres *conjunctìm*, par une même phrase & disposition, dans le partage qui se fera entre tous ces légataires, ceux qui se trouveront conjoints par une même phrase & disposition, ne prendront qu'une seule part pour eux tous, dans le partage qu'ils feront avec ceux qui sont légataires par des phrases séparées; *si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius personæ vice funguntur. L.* 34, ff. *de leg.* 1°.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi: je legue ma maison de la Corne à Pierre; je legue ma maison de la Corne à Paul; je legue ma maison de la Corne à Jacques & à Jean; Pierre aura un tiers, Paul un autre tiers; & Jean & Jacques qui sont conjoints dans une même phrase & disposition, n'auront qu'un tiers entr'eux.

Si par une même phrase & disposition, les uns sont nommés séparément; les autres sont compris sous une appellation collective; réguliérement ceux qui sont compris sous cette appellation collective, ne prennent pour eux tous qu'une part. Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi: je legue à Pierre, à Paul, & à ceux que j'ai faits ci-dessus mes légataires, une telle terre; *Attio & Seïo cum hæredibus meis*, la terre se partagera en trois parts, l'une pour Pierre, l'autre pour Paul, & la troisieme pour tous les légataires universels. *L.* 7, ff. *de usuf. accresc.* Cela dépend néanmoins beaucoup des circonstances & de l'examen de la volonté du testateur, & souvent les personnes, quoique comprises dans la disposition sous une appellation collective, ne doivent pas être réduites à une seule part pour elles toutes, mais doivent avoir chacune la leur.

Par exemple, si un testateur, qui avoit trois filleuls & une filleule, a légué ainsi: je legue à mes filleuls & à Jeanne ma filleule, un tel contrat de rente, le contrat ne se partagera pas entre Jeanne pour une moitié, & les trois filleuls pour l'autre moitié, mais ils auront chacun un quart, parce qu'il y a lieu de penser que, si le testateur a nommé Jeanne séparément, c'est plutôt pour lever le doute qu'il auroit pu y avoir, si elle étoit comprise sous l'appellation générique de filleuls, que dans la vue de lui attribuer une portion égale à celle des trois filleuls, surtout lorsqu'il n'y a pas de preuve qu'elle fût plus chere au testateur que ses autres filleuls.

Voici un autre exemple; un testateur a légué ainsi: Je legue une telle chose à Pierre & aux enfans qui naîtront de mon frere; s'il naît depuis ce Testament trois enfans de ce frere, ils n'auront pas seulement une part pour eux tous, mais ils partageront chacun avec Pierre par portions viriles & égales, c'est-à-dire qu'ils auront chacun un quart. *Arg. L. 6 & 7, ff. de reb. dub.* Car il y a lieu de penser que, si le testateur les a compris sous une appellation générique, c'est parce que n'étant pas encore nés, ils n'avoient point encore de nom propre par lequel ils pussent être désignés, plutôt que, parce qu'il eût voulu les réduire à une portion pour eux tous.

§. III.

Du Droit d'accroissement entre les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme.

Les colégataires d'une même chose, ou d'une même somme, sont légataires du total de la chose, ou de la somme léguée, ce n'est que par leur concours que la chose léguée, quoique léguée à chacun d'eux en total, ne pouvant pas néanmoins appartenir à chacun d'eux pour le total, *cum duo pluresve unius rei in solidum domini esse non possint*, se partage entr'eux.

De-là il suit que, si quelqu'un des colégataires ne recueille pas le legs, soit par son prédécès, soit par son incapacité, soit parce qu'il lui plaît de le répudier, la part qu'il auroit eue dans cette chose doit accroître à ses colégataires, *jure accrescendi*, ou plutôt, *jure non decrescendi*. Car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose léguée, n'y ayant que le concours de deux ou plusieurs légataires qui la partagent entr'eux, lorsque l'un d'eux ne concourt pas, le total demeure de plein droit à l'autre.

Ce droit d'accroissement a lieu, pourvu que celui des colégataires, qui ne recueille pas le legs, n'eût pas de substitué; car si le testateur lui avoit substitué une autre personne, ce substitué à son défaut a tous les mêmes droits que lui; il recueille le legs à sa place, il concourt à sa place avec les autres légataires de cette chose; c'est pourquoi, il est décidé en Droit, que le droit de substitution l'emporte sur le droit d'accroissement. *L. 2, §. 8, ff. de bon. possess. secun. tab. L. fin. de vulgar. substitut.* & ailleurs.

Le droit d'accroissement a lieu entre les colégataires à qui le testateur a légué *conjunctim*, c'est-à-dire, par une même disposition, une même phrase, & entre ceux à qui il a légué *disjunctim*, c'est-à-dire, par des dispositions & phrases séparées. Par exemple, soit que quelqu'un ait légué ainsi: Je legue à Pierre, à Paul & à André une telle maison; soit qu'il ait légué ainsi: je legue à Pierre une telle maison; je legue à Paul une telle maison; je legue à André une telle maison, si André prédécede ou répudie les legs, la part qu'il auroit eue accroît à Pierre & à Paul.

Obfervez néanmoins que les colégataires qui font conjoints par une même difpofition avec celui qui ne recueille pas le legs, font préférés par le droit d'accroiffement à ceux qui font colégataires de la même chofe par des difpofitions féparées : *præfertur cæteris qui re & verbis conjunctus eft. L.* 89, ff. *de leg.* 3°. Par exemple, je legue une telle chofe à Pierre; je legue ladite chofe à Paul; je legue ladite chofe à Jean & à Jacques; fi Jacques prédécede, la part qu'il auroit eue accroît à Jean feul, qui eft conjoint avec lui par une même difpofition, à l'exclufion de Pierre & de Paul, qui n'étoient colégataires de Jacques, que par des difpofitions féparées. La raifon eft que, fi Jacques eût concouru avec Jean, il n'eût fait tort qu'à Jean; il n'eût diminué que le droit de Jean, puifqu'ils n'auroient eu qu'un tiers pour eux deux; c'eft donc Jean feul qui doit profiter de ce qu'il ne concoure pas.

Par la même raifon, lorfque quelqu'un de ceux qui font compris dans une difpofition, fous un nom collectif ou générique, & qui en conféquence n'auroient eu qu'une part pour eux tous dans la chofe léguée, vient à prédécéder ou à répudier le legs, ce qu'il auroit eu dans la chofe léguée accroît à ceux compris avec lui, fous le même nom collectif, préférablement aux autres colégataires.

Obfervez auffi que les colégataires partagent la part qui leur accroît, dans la même proportion qu'ils partagent la chofe léguée; c'eft pourquoi, lorfque le teftateur a légué ainfi : Je legue une telle chofe à Pierre; je legue ladite chofe à Paul; je legue ladite chofe aux quatre enfans d'André, & que Paul vient à prédécéder, Pierre prendra feul autant dans la part de Paul qui accroît, que les quatre enfans d'André, ces quatre enfans n'ayant droit d'avoir pour eux tous qu'une part dans la chofe léguée; ils ne doivent avoir pareillement qu'une part pour eux tous dans la part de Paul, qui accroît à Pierre & à eux.

Lorfque la même chofe a été léguée à Pierre purement & fimplement, & à Paul fous condition; Pierre ayant acquis le legs qui lui a été fait, & étant mort pendant que celui fait à Paul étoit encore en fufpens, tranfmet à fon héritier le droit de retenir toute la chofe léguée, & de profiter par droit d'accroiffement de la part de Paul, fi la condition fous laquelle le legs a été fait à Paul vient à manquer. *L.* 26, §. 1, ff. *de condit. & dem.* car ce droit d'accroiffement fait partie du droit réfultant du legs fait à Pierre, que Pierre ayant acquis a tranfmis à fon héritier.

Lorfqu'après avoir répudié un legs qui m'étoit fait conjointement avec une autre perfonne, je deviens héritier de mon colégataire mort depuis l'échéance du legs, & avant que de s'être expliqué fur l'acceptation ou répudiation du legs, puis-je, en qualité de fon héritier, acceptant le legs, acquérir même la part que j'ai répudiée de mon chef? Les Proculiens & les Sabiniens ont été divifés fur cette queftion; il me paroît qu'on doit préférer le fentiment des Sabiniens, qui penfent qu'en ce cas j'acquiers la chofe léguée pour le total; car je fuccede dans tous les droits du défunt dont je fuis héritier, & par conféquent au droit qu'il avoit de retenir la part que j'ai répudiée. Voyez les différens Textes fur cette queftion, *tit. de leg. num.* 427.

Il nous reste à observer une différence sur le droit d'accroissement entre les colégataires d'une chose en propriété, & les colégataires en usufruit. Lorsqu'une chose a été léguée en propriété à plusieurs colégataires, il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement, après que tous les colégataires ont concouru au legs qu'ils ont tous accepté; chacun acquiert irrévocablement & à perpétuité la part qu'il a dans la chose léguée par le concours, & la transmet dans sa succession, sans que ses colégataires en puissent jamais profiter; il n'en est pas de même lorsqu'une chose a été léguée en usufruit à plusieurs colégataires, quoique tous ces colégataires aient concouru & partagé entr'eux l'usufruit qui leur a été légué, le droit d'accroissement ne laisse pas d'avoir encore lieu; car à mesure que chacun de ces colégataires mourra, la portion qu'il avoit dans l'usufruit, accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre & de se consolider avec la propriété. La raison qu'en rendent les Jurisconsultes, en la Loi 1, §. 3, ff. *de usuf. accresc.* est, disent-ils, *quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, quumprimùm itaquè non inveniat alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum, &c.* C'est-à-dire, qu'il n'en est pas de l'usufruit comme de la propriété; la propriété d'une chose s'acquiert en un moment & pour toujours; c'est pourquoi, lorsqu'un colégataire a acquis la part dans la propriété de la chose léguée, le legs ne peut plus défaillir pour sa part, puisqu'elle lui est acquise pour toujours, il ne peut donc plus y avoir lieu au droit d'accroissement de cette part; mais le droit d'usufruit est un droit successif, qui ne s'acquiert que successivement, à mesure qu'on jouit de la chose; lors donc que l'un des colégataires cesse par sa mort de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne; & qu'il y a lieu par conséquent au droit d'usufruit de cette part au profit des colégataires, qui étant chacun légataires de l'usufruit pour le total, ont droit de le retenir, lorsque les autres parts viennent à défaillir. La Loi 33, §. 1, ff. *de usuf.* rapporte une autre différence entre les colégataires d'usufruit, & les colégataires d'une chose en propriété, que je ne penserois pas être suivie dans nos usages.

§. IV.

Entre quels légataires y a-t-il lieu au droit d'accroissement?

Il n'y a lieu au droit d'accroissement qu'entre ceux qui sont légataires de la même chose, ou de la même somme, chacun pour le total.

Il y a deux especes de ces colégataires. 1°. Ceux à qui on legue la même chose ou la même somme, par des phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, comme lorsque je legue ainsi: Je legue ma maison de la Corne à Pierre; je legue ma maison de la Corne à Paul, ou bien je legue à Pierre dix pistoles; je legue aussi à Paul les mêmes dix pistoles.

Que

Que, si le testateur n'avoit pas dit les mêmes dix pistoles, mais avoit dit : Je légue à Pierre dix pistoles ; je legue à Paul dix pistoles, il seroit censé avoir légué à Paul, non pas les mêmes dix pistoles, mais dix autres pistoles, & Pierre & Paul ne seroient pas conjoints.

Lorsque le testateur a légué la même part d'une chose à plusieurs, ils sont aussi conjoints & colégataires de cette part, & il y a lieu au droit d'accroissement entr'eux ; comme lorsque le testateur, qui n'a que la moitié d'une certaine maison, legue ainsi : Je legue ma moitié d'une telle maison à Pierre ; je legue ma moitié d'une telle maison à Paul, ou lorsqu'étant propriétaire du total, il légue ainsi : Je legue la moitié de ma maison à Pierre ; je legue à Paul la même moitié de ma maison que j'ai déjà léguée à Pierre ; mais s'il legue ainsi : Je legue la moitié de ma maison à Pierre, & plus bas, je legue la moitié de ma maison à Paul, Pierre & Paul sont censés légataires d'une différente moitié, & ne sont point conjoints ni colégataires.

Si le testateur avoit légué le total à Pierre, & qu'ensuite il en legue à Paul une moitié, Pierre & Paul ne seront point encore censés conjoints, mais la présomption est que le testateur a distrait du legs une moitié pour la léguer à Paul ; c'est pourquoi Pierre & Paul sont censés légataires d'une différente moitié. *L.* 41, §. 1, ff. *de leg. L.* 23, *Cod. de leg.*

La seconde espece de colégataires & conjoints, est de ceux à qui la même chose, ou la même part d'une chose, ou la même somme, est léguée par une même phrase, & ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti re & verbis*, comme lorsqu'un testateur a légué ainsi : Je legue à Pierre & à Paul ma maison de la Corne ; ou je legue à Pierre & à Paul la moitié de ma maison de la Corne ; ou je legue à Pierre & à Paul 10000 livres. Que s'il avoit ajouté, à chacun d'eux ; Pierre & Paul ne seroient pas colégataires d'une même somme de 10000 livres ; mais Pierre le seroit de 10000 l. & Paul d'une autre somme de 10000 livres.

Pour que les conjoints de ces deux différentes especes soient véritablement conjoints, & puissent être légataires chacun pour le total de la même chose, il faut que le testateur ne leur ait point assigné de parts, ni expressément, ni tacitement dans cette chose.

Que, si le testateur a assigné à chacun des légataires, auxquels il a légué la même chose, une part dans cette chose, ces légataires ne sont point proprement colégataires, étant légataires chacun de leur part, & il n'y a pas lieu au droit d'accroissement entr'eux.

On doit décider ainsi, quand même ils seroient légataires par une seule & même disposition, par une seule & même phrase, & ce sont ceux qu'on appelle *conjuncti verbis tantùm*, comme lorsqu'on a légué ainsi : *Je legue à Pierre & à Paul ma maison de la Corne par égales portions.*

Il y a néanmoins quelques Interpretes qui ont prétendu qu'il y avoit lieu au droit d'accroissement, même entre ces conjoints. *Arg. leg.* 16, §. 2. & *fin.* ff. *de leg.* 1°. mais le sentiment contraire, qui est celui de Cujas, est plus conforme aux principes ; car le testateur leur ayant assigné des parts dans la chose léguée, ces légataires n'étant légataires que de cette part

qui leur a été assignée, il n'y a aucune raison pour qu'il pût y avoir lieu entr'eux au droit d'accroissement, à moins qu'ils ne prouvassent par quelques circonstances, que le testateur a voulu le leur accorder; ce qui doit se supposer dans l'espece de la Loi opposée; au reste, *sola conjunctio verborum*, n'est pas *per se*, suffisante pour faire présumer cette volonté dans le testateur, qui a pu les comprendre dans une même phrase, seulement pour abréger *propter sermonis compendium*.

Suivant ces principes, il a été jugé qu'une chose ayant été léguée à deux personnes, avec cette clause, pour être partagée entr'elles, il n'y avoit pas lieu au droit d'accroissement. L'arrêt est rapporté pat Soefve, 1, 11, 3.

Lorsqu'un testateur a légué à plusieurs personnes l'usufruit d'une certaine terre pour leurs alimens, il est censé, en leur léguant pour les alimens, avoir limité le legs qu'il faisoit à la portion de cet usufruit qu'il a jugé être suffisante pour les alimens de chacun d'eux, quoiqu'il n'ait fait aucune mention expresse de parts en sa disposition; c'est pourquoi il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement entre ces légataires. *L.* 57, §. 1, ff. *de usuf.*

Lorsqu'un testateur a chargé Pierre & Paul, ses deux héritiers, de laisser chacun à ses enfans, l'usufruit d'une certaine terre, les enfans de Pierre sont bien conjoints entr'eux dans l'usufruit de la part de la terre à laquelle Pierre leur pere a succédé, & il y a lieu au droit d'accroissement entr'eux, mais ils ne sont point conjoints & colégataires avec les enfans de Paul, & il n'y a point lieu au droit d'accroissement entr'eux, & les enfans de Paul, car ils sont légataires de différentes parts, Pierre n'ayant été grevé qu'envers ses enfans, & Paul ne l'ayant été qu'envers les siens, ainsi qu'il résulte de ces termes, *chacun à ses enfans*; les enfans de Pierre ne sont légataires que de l'usufruit de la portion à laquelle a succédé Pierre, ceux de Paul de l'usufruit de la portion à laquelle à succédé Paul, & par conséquent étant légataires de différentes portions, ils ne sont point conjoints, & il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement entr'eux. C'est la décision de la Loi 11, ff. *de usuf. accresc. Cùm singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videnter.... Undè fit ut inter eos jus accrescendi non fit. D. L.* 11. *Cùm alter ab alio hærede usumfructum vindicat. L.* 12, *d. tit.*

Lorsque la même chose à été léguée à deux personnes sous une alternative; par exemple: Je legue à Pierre ou à Paul telle chose, tels légataires ne sont pas conjoints, mais ils sont entr'eux cocréanciers solidaires de la chose léguée, *corei credendi*, & il est au pouvoir de l'héritier, en faisant la délivrance du total à l'un, de se libérer envers les deux. *L.* 16, ff. *de leg.* 2°.

§. V.

Des différences qu'il y avoit par la constitution de Justinien entre les différentes especes de conjoints, & si elles ont lieu dans nos usages?

La constitution de Justinien établit deux différences sur le droit d'accroissement entre les conjoints ou colégataires, par dispositions ou phrases séparées, qu'on appelle *conjuncti re tantùm*, ou *disjuncti*, & entre les colégataires conjoints par une même phrase, qu'on appelle *conjuncti re & verbis*.

Le droit d'accroissement, suivant cette Loi de Justinien, a lieu à l'égard des premiers, malgré eux, & sans qu'ils soient tenus des charges imposées au colégataire, dont la portion leur accroît; mais a l'égard de ceux qui sont conjoints *re & verbis*, la portion du colégataire qui ne recueille pas le legs, n'accroît à ses colégataires qu'autant qu'ils le veulent bien, & elle leur accroît avec toutes les charges imposées aux colégataires, dont la portion leur accroît; *disjunctis accrescit invitis & sine onere, conjunctis nonnisi volentibus, sed cum onere.* La raison de cette différence est que les légataires, par dispositions séparées qu'on appelle *disjuncti*, ou *conjuncti re tantùm*, sont vraiment chacun légataires purement & simplement de la chose léguée entiere; lorsque l'un de ces colégataires ne concourt pas au legs avec l'autre, celui qui recueille seul le legs, recueille la chose entiere de son chef entierement, & en rien du chef de son colégataire; le droit d'accroissement est à son égard un non décroissement plutôt qu'un accroissement; d'où il suit qu'il ne doit pas être tenu des charges imposées au colégataire, dont la portion lui accroît, puisqu'il n'a point cette portion du chef de ce colégataire, mais que c'est entierement de son chef, qu'il retient la chose entiere, d'où il suit aussi qu'*accrescit invito*, puisqu'ayant entiérement de son chef la chose entiere, il ne peut être en son pouvoir d'en accepter le legs pour partie, & de le répudier pour partie.

Au contraire, lorsque le testateur a légué une chose à plusieurs colégataires par une même phrase, par une même disposition, la disposition faite au profit de ces légataires renferme par elle-même, & *per se*, & non *ex accidenti* d'une autre disposition, l'obligation de partager la chose léguée en cas de concours des colégataires; il est vrai que le testateur n'ayant point assigné expressément de part à chacun, n'ayant point par conséquent limité à aucune part le legs qu'il faisoit à chacun d'eux, on peut dire en un sens qu'il a légué à chacun d'eux la chose entiere, mais il n'a légué la chose entiere à chacun d'eux qu'à défaut des autres; chacun n'est donc proprement légataire *ex personâ suâ* que de la portion virile, il tient le surplus du chef des autres, dont les portions lui accroissent par leur défaut, & par conséquent il doit être tenu de toutes les charges imposées à ses colégataires, selon cette maxime que, *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

De-là il suit, que cette espece de colégataire ne doit avoir le droit d'accroissement qu'autant qu'il le voudra, *accrescit volentibus*, & qu'il peut se tenir à la part qu'il a de son chef.

Cette subtile distinction entre les différentes especes de colégataires, par rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que l'enseigne Ricard, admise dans nos usages, & tout colégataire, soit qu'il soit conjoint *re & verbis*, soit qu'il soit conjoint *re tantùm*, est tenu des charges imposées à ses colégataires, dont les portions lui accroissent, s'il veut user du droit d'accroissement, ce qui est à son choix.

CHAPITRE VII.

De l'interprétation des Legs.

SECTION PREMIERE.

Régles générales sur l'Interprétation des Legs.

REGLE PREMIERE.

LES dernieres volontés sont susceptibles d'une interprétation large, & on doit principalement s'attacher à découvrir quelle a été la volonté du testateur. *In Testamentis pleniùs voluntates testantium interpretantur. L.* 12, *ff. de Reg. J. In ambiguis orationibus maximè sententia spectanda est ejus qui eas protulisset. L.* 96, *ff. de Reg. J.*

REGLE II.

Il ne faut pas néanmoins s'écarter de la signification propre des termes du Testament, s'il n'y a de justes raisons de croire que le testateur les a entendus dans un autre sens que leur sens naturel; *non aliter à significatione verborum recedi opportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem. L.* 69, *ff. de leg.* 3°.

REGLE III.

Lorsqu'il y a de justes raisons de croire que le testateur a entendu les termes dont il s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, il faut les entendre dans le sens dans lequel il y a lieu de croire que le testateur les a entendus, plutôt que dans leur sens naturel.

Ces justes raisons sont, 1°. Lorsque la disposition renfermeroit une contradiction, si les termes étoient pris dans leur sens naturel. On peut apporter pour exemple des formules de substitution fidéicommissaire, dont se servent dans les Testamens les Notaires ignorans : *Je veux que la portion qu'un tel mon neveu aura dans ma succession, soit après sa mort substituée à ses enfans nés & à naître, en reservant seulement l'usufruit à mondit neveu.*

Il est clair, que dans cette formule, le terme d'usufruit n'est pas pris dans son sens naturel, c'est-à-dire, pour un droit séparé de la propriété qu'une personne a de jouir d'une chose, mais il est pris pour le droit de propriété grevé de substitution, que le testateur a appellé improprement *usufruit*, parce que de même que le droit d'usufruit s'éteint par la mort, de même le droit de propriété qu'a le grevé de substitution, doit s'éteindre par la mort en sa personne, s'il y a ouverture à la substitution, & passer en celle des substitués; si on l'entendoit autrement, la disposition impliqueroit contradiction, car le testateur ayant voulu, suivant qu'il paroît par le commencement, grever son neveu de substitution, après sa mort, au profit des enfans de sondit neveu, de la portion qu'il aura dans la succession, c'est-à-dire, le charger de restituer après sa mort cette portion à sesdits enfans, car voilà ce que signifie Substitution; il repugneroit qu'il n'eût pas jusqu'à sa mort la propriété de cette portion, & qu'il n'en eût que l'usufruit, car il ne pourroit pas la restituer après sa mort, s'il ne l'avoit pas; c'est la décision de la Loi 15, ff. *de aur. & arg. leg.* 2°. C'est encore une juste raison d'entendre les termes dont le testateur s'est servi dans un autre sens que leur sens naturel, puisque, s'ils étoient pris dans leur sens naturel, ils exprimeroient quelque chose que le testateur n'auroit pu ordonner, ou auroit inutilement ordoné : *Quum in Testamento ambiguè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari & secundùm id quod credibile est cogitatum, credendum est. L.* 24, ff. *de reb. dub.*

Par exemple, si dans nos Coutumes, un testateur s'étoit exprimé ainsi : J'institue un tel mon héritier, le terme d'héritier dont il s'est servi ne doit pas s'entendre dans son sens naturel; car dans ce sens, la disposition seroit inutile, puisqu'institution d'héritier n'a pas lieu dans nos Coutumes, & qu'elles ne reconnoissent d'autres héritiers que ceux que la Loi fait, & qu'il n'est point au pouvoir des testateurs de se faire des héritiers testamentaires; ce terme d'*héritier* dans cette disposition, doit donc se prendre plutôt dans un sens impropre, pour légataire universel, qui est le sens dans lequel vraisemblablement le testateur l'a entendu.

Voici un autre exemple; si le testateur a fait un legs à un mineur, que le testateur devoit connoître pour avoir déjà passé l'âge de pleine puberté, sous cette condition, lorsqu'il sera parvenu à la puberté, le terme de puberté ne doit pas s'entendre dans cette disposition dans le sens qu'il signifie; autrement le testateur auroit inutilement apposé cette condition; mais on doit prendre le terme de puberté pour l'âge de majorité, qui est le sens dans lequel il y a lieu de penser que le testateur l'a entendu; *si*

quis jam puberi, minori tamen viginti quinque annis sit legaverit, cùm ad pubertatem pervenerit, puto de ætate eum sensisse. L. 50, §. 5, ff. *de leg.* 3°.

Il y a quantité d'autres exemples de cette regle, rapportés *tit. de leg. N.* 150.

REGLE IV.

Une disposition doit s'entendre plutôt dans le sens selon lequel elle peut avoir effet, que dans le sens selon lequel elle ne pourroit en avoir aucun; par exemple, si quelqu'un a fait des donations par contrat de mariage à sa femme, & qu'il lui en ait fait aussi pendant le mariage, & qu'étant dans une Coutume qui permet de donner aux femmes par Testament, & non pas entre-vifs, il se soit exprimé ainsi: *Je legue à ma femme ce que je lui ai donné entre-vifs*, on doit entendre ces termes, de ce que le testateur lui a donné par les donations qu'il lui a faites pendant le mariage, & qui sont nulles, & non de ce qu'il lui a donné par contrat de mariage; car le legs n'auroit aucun effet s'il s'entendoit de ces donations, puisqu'inutilement legue-t-on à quelqu'un ce qu'on lui a valablement donné; c'est la décision de la Loi 109, ff. *de leg.* 1°.

REGLE V.

Lorsqu'il ne paroît pas bien clairement, par les termes dont le testateur s'est servi, ce qu'il a voulu léguer, on doit faire usage de toutes les circonstances qui peuvent servir à découvrir la volonté du testateur.

Par exemple, si j'ai légué à mon filleul une bourse de cent pieces de la monnoie qui aura cours, qui lui sera donnée le jour de ses nôces; dans le doute de quelles pieces le testateur a entendu parler, si c'est de louis d'or, ou d'écus de six francs, ou d'écus de trois livres, ou d'autre moindre monnoie, il faudra examiner d'abord l'usage du testateur; car s'il étoit dans l'usage de son vivant de faire à ses filleuls du même état que le légataire, lors de leurs nôces, un présent d'une bourse de pieces de monnoie, il sera présumé avoir entendu parler de la même espece de monnoie dont il avoit coutume de faire présent de son vivant; à défaut de cette circonstance, l'usage du pays doit entrer en considération; car, si ces especes de présens sont en usage dans le pays, & qu'entre gens de pareil état, ce soit ordinairement en des bourses de cent louis d'or que ces présens se font, le testateur sera présumé avoir entendu parler de bourses de cent louis d'or; la dignité de la personne du légataire, l'amitié que le testateur lui portoit, entrent aussi en considération; enfin, les sommes qu'il a léguées à d'autres peuvent servir aussi à découvrir la volonté du testateur; car si, par le même Testament, il a fait des legs à d'autres de ses filleuls de même état, d'une somme de 2400 liv. de 2500 liv., &c. on pourra en conclure que la bourse de cent pieces dont il a entendu parler, est une bourse de cent louis d'or. *L.* 50, §. *fin.* ff. *de leg.* 1°.

Un autre exemple : J'ai légué à quelqu'un la terre des Granges ou des Mazures, à son choix ; j'avois réuni à celle des Granges plusieurs autres terres ; dans l'incertitude si c'est la terre entiere des Granges, ou l'ancien domaine de cette terre que j'ai voulu léguer, la conformité de la valeur de l'ancien domaine des Granges, avec la terre des Mazures, dont j'ai donné le choix au légataire, est une circonstance qui sert à décider que je n'ai entendu parler que de l'ancien domaine. *L.* 1, ff. *de reb. dub.*

Ce que le testateur a exprimé du motif de son legs, peut aussi entrer en considération pour juger du sens de la disposition, lorsqu'il est ambigu. *L.* 41, ff. *de leg.* 3°.

Mais quand il est d'ailleurs clair, on ne doit point s'attacher à ce qu'a pu dire le testateur sur le motif de son legs. *L.* 4, ff. *de alim. leg.*

REGLE VI.

A défaut de circonstances sur la plus ou moins grande quantité de ce qui a été légué, on doit décider pour la moins grande, *semper in obscuris quod minimum est sequimur. L.* 9, ff. *de R. J.*

Par exemple, si quelqu'un a légué à un étranger une part telle qu'en auroit un de ses enfans dans ses biens ; si ses enfans y ont des parts inégales, celle du légataire doit être mesurée sur celle de l'enfant qui aura la moindre part. *L.* 43, §. 1, ff. *de leg.* 2°.

Autre exemple : si le testateur avoit marqué qu'il réduisoit un légataire à qui il avoit fait différens legs, à un seul de ceux qu'il lui avoit faits, il seroit censé l'avoir réduit au moindre desdits legs ; *sed quod magis est ademptum è aio posse dici exiguius esse præstandum. L.* 14, §. 1, *de leg.* 1°.

Cette regle cadre avec la précédente ; car la cause d'un héritier étant plus favorable que celle d'un légataire étranger, c'est interpréter le legs dans le sens le plus favorable, que de l'interpréter contre le légataire, & dans le sens qui décharge davantage l'héritier.

C'est pourquoi cette regle peut souffrir exception, lorsque la personne du légataire est extrêmement favorable. *Arg. leg.* 38, §. 2, ff. *de aur. leg.* ce qui doit avoir lieu, lorsque les successeurs universels, qui profiteroient de l'interprétation qui restreindroit le legs particulier, sont des étrangers moins favorables que le légataire particulier. *Voy. L.* 27, §. 1, ff. *de leg.* 3°.

REGLE VII.

Ce n'est pas toujours celui par qui le testateur a marqué que la somme léguée seroit comptée, qui est grevé du legs, mais plutôt celui que le testateur a eu effectivement envie de grever.

Par exemple, si le testateur a légué ainsi : Je legue à un tel une telle somme, que mon fermier d'un tel endroit lui payera sur ses fermes, c'est

l'héritier, & non pas le fermier, qui est réputé grevé du legs de cette somme, quoique le testateur eût aussi fait des legs à ce fermier. *L.* 27, §. *fin.* ff. *de leg.* 3°.

Voyez d'autres exemples au *N.* 155.

Regle VIII.

Ce n'est pas toujours celui à qui le testateur a marqué que la somme léguée seroit comptée, qui est le légataire, mais c'est celui que le testateur a voulu gratifier.

Par exemple, s'il est dit dans un Testament : Je veux qu'on paye à Pierre les mille écus pour lesquels il retient mon cousin Jacques en prison : il est évident que ce n'est pas Pierre qui est le légataire, mais Jacques ; c'est pourquoi, si Jacques prédécede, le legs sera caduc ; il y a une espece semblable dans la Loi 11, §. 22, ff. *de leg.* 3°. Et en général, toutes les fois qu'un testateur ordonne qu'on payera à un créancier ce qui lui est dû par un tiers ; le legs est plutôt censé fait au débiteur qu'au créancier ; & pareillement, lorsque le testateur charge quelqu'un de ses légataires de payer ce qu'il doit, cette disposition est censée faite plutôt au profit des autres successeurs du testateur, qui seroient tenus de cette dette, qu'au profit du créancier.

Cependant il peut y avoir des circonstances qui fassent présumer que le testateur, en ordonnant qu'on payeroit aux créanciers d'un tiers ce qui lui étoit dû par le tiers, a voulu gratifier non-seulement le débiteur, mais aussi le créancier qui avoit intérêt d'avoir un autre débiteur que le sien, qui n'étoit peut-être pas trop bon. *L.* 3, §. *fin.* & *L.* 4, ff. *de lib. leg.* Cela se présume par les relations d'amitié, & en ce cas l'un & l'autre sont légataires, & peuvent demander l'accomplissement du legs ; c'est pourquoi le créancier même, dans le cas auquel le débiteur seroit prédécédé, peut demander que les héritiers du testateur lui payent sa dette ; mais en ce cas, comme le legs fait au débiteur est éteint par son prédécès, les héritiers du testateur pourront, en payant, se faire subroger aux actions du créancier, pour répéter la somme contre les héritiers du débiteur, ce qu'ils ne pourroient pas faire si le débiteur, que le testateur a voulu libérer, eût survécu, & acquis le droit résultant du legs que le testateur a voulu lui faire.

Il y a plusieurs autres exemples de cas auxquels d'autres que la personne a qui le testateur a exprimé que la chose ou somme léguée est délivrée ou comptée, sont par les circonstances, présumés en être légataires. *V. tit. de leg.* depuis le *N.* 156, jusqu'au *N.* 164.

Regle IX.

Le legs général de toutes les choses d'une certaine matiere, renferme celles qui ne sont pas entierement de cette matiere, & dans lesquelles il entre quelqu'autre matiere, comme accessoire.

Par

Par exemple, si quelqu'un avoit légué ses boîtes d'écaille, le legs comprendroit celles qui auroient des charnieres, ou des cloux d'or ou d'argent. *Arg. leg.* 100, §. *fin.* ff. *de leg.* 3°.

Si quelqu'un a légué ses meubles de bois, le legs comprend non-seulement ceux qui ne sont composés que de bois, comme des tables, &c. mais ceux dont le bois fait la principale matiere, quoiqu'il y en entre d'autres, comme des armoires dans lesquelles il entre des serrures & fiches de fer; les chaises & les fauteuils, quoique garnis de tapisseries plus précieuses que le bois qui en fait la principale matiere, ce qui peut néanmoins dépendre des circonstances; mais ce legs ne comprendra pas les miroirs, ni les tableaux, quoiqu'encadrés de bois, parce que le cadre n'en est que l'accessoire.

Regle X.

Lorsque le testateur, qui fait un legs général des choses d'une certaine espece, exprime qu'il les legue avec certaine chose qui en est accessoire, le legs renferme tant celles qui ont cet accessoire, que celles qui ne l'ont pas.

Par exemple, si quelqu'un a légué le vin qui se trouve lors de son décès, avec les bouteilles dans lesquelles il seroit contenu, le legs renferme aussi celui qui seroit dans des tonneaux, des foudres qui sont partie des bâtimens. *L.* 6, *L.* 15, ff. *de trit. vin. leg.*

Si quelqu'un avoit légué ses chevaux avec leurs équipages, le legs comprendroit même ceux qui n'ont point d'équipages.

La raison est que, ce que le testateur a ajouté touchant les accessoires, paroît plutôt ajouté dans la vue d'expliquer ou augmenter sa disposition, que dans la vue de la limiter.

Regle XI.

Lorsque le testateur, par le legs général d'un genre de choses qui contient plusieurs especes, ou genres subalternes, a énoncé une ou deux de ces especes, il n'est pas censé à la vérité avoir, par cette énonciation, voulu restreindre son legs à ces especes, mais plutôt avoir voulu déclarer que les especes qu'il a énoncées étoient renfermées sous ce genre, ayant pu croire qu'on en auroit pu douter; mais s'il a fait une énonciation détaillée de plusieurs especes, il sera présumé avoir renfermé le legs dans ces seules especes, à moins qu'il n'ait ajouté ces termes, *& autres, ou bien,* &c.

Cùm species ex abundanti per imperitiam enumerantur generali legato non derogatur; si tamen species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. L. 9, ff. *de supell. leg.*

Par exemple, si quelqu'un avoit légué ainsi : Je legue mes meubles d'une telle maison, la bibliotheque & l'argenterie qui s'y trouvera, il ne

fera pas censé avoir restreint le legs général des meubles de cette maison à la bibliotheque, & à l'argenterie; l'énonciation de la bibliotheque & de l'argenterie paroît n'être faite que dans la vue de lever le doute que le testateur pensoit qu'il pouvoit y avoir, si ces choses étoient comprises sous le terme générique de meubles d'une maison.

Mais s'il a légué ainsi : Je legue les meubles d'une telle maison, lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tables, coffres, armoires & batteries de cuisine; ce long détail dans lequel il est entré, fait présumer qu'il a voulu expliquer tout ce qu'il a entendu comprendre par ce terme générique de meubles d'une telle maison, & le legs ne renfermera rien autre chose que les especes exprimées, à moins qu'il n'ait ajouté *un* &c.

Regle XII.

Lorsque le testateur, par un legs général, énonce certaines choses particulieres, comprises sous une certaine espece particuliere, ou genre subalterne, on en conclut qu'il n'a point entendu comprendre les autres choses de cette espece particuliere, ou genre subalterne. *L.* 18, §. 11, ff. *de inst. vel. instr.*

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je legue les meubles d'une telle maison, & le Dictionnaire de Morery qui y est. Les autres livres, quoique compris sous l'appellation générale de meubles d'une telle maison, ne seront point compris dans ce legs; car s'il eût entendu les comprendre, il n'eût pas, par ce legs, légué en particulier le Dictionnaire de Morery.

Regle XIII.

Un legs général ne renferme point les choses de ce genre, qui n'appartenoient point au testateur.

Par exemple, si j'ai légué ma terre, avec tous les meubles qui servent à son exploitation, je ne suis censé avoir légué que ceux qui m'appartiennent, & non ceux qui appartiennent à mes fermiers. *L.* 24, ff. *de inst. vel. instr.*

Que si rien des meubles de cette terre n'appartenoit au testateur, en ce cas, il seroit censé avoir légué ce qui appartient à ses fermiers. *D. L.* 24.

Regle XIV.

Un legs général ne renferme point non plus les choses comprises sous ce genre, qui n'ont été acquises que depuis la mort du testateur, quoique par son ordre. *L.* 4, ff. *de aur. leg.*

REGLE XV.

Un legs général ne comprend pas les choses comprises sous ce genre, qui ont été léguées en particulier à d'autres personnes.

C'est une suite de cette regle, *in toto jure generi per speciem derogatur, & illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. L.* 80, ff. *de R. Jur.*

Par exemple, si j'ai légué à quelqu'un toutes les provisions de bouche qui se trouveront lors de ma mort, & que j'aie légué à un autre le vin qui se trouvera dans ma cave lors de ma mort; quoique ce vin soit compris sous ce terme général de provision de bouche, il ne sera point néanmoins compris dans le legs général, parce que le testateur en a disposé envers un autre. *L.* 22, ff. *de trit. vin. leg.*

Observez néanmoins que ce qui est compris dans une disposition particuliere, n'est excepté du legs général qu'autant que la disposition particuliere seroit valable. *L. fin.* §. *fin.* ff. *de aur. leg.*

REGLE XVI.

Le legs d'une certaine rente viagere, ou d'une certaine somme une fois payée, fait en termes généraux à chacune des personnes comprises sous un certain genre, ne comprend pas celles qui étoient mal avec le testateur, ni celles à qui le testateur a légué en particulier.

Par exemple, si j'ai légué une certaine somme à chacun de mes domestiques qui sont à mon service, ou qui y ont été par le passé au moins pendant trois ans; un domestique qui y auroit demeuré pendant ce temps & plus, mais que j'aurois chassé, & que je n'aurois pas voulu voir depuis, ne seroit pas censé compris dans cette disposition. *Arg. leg.* 88, §. 11, ff. *de leg.* 2°.

Si j'ai légué à chacun de mes domestiques une certaine somme, ou une certaine rente viagere, celui de mes domestiques à qui j'aurai légué en particulier quelqu'autre chose, ne pourra pas prétendre être compris dans le legs général; cela néanmoins dépend des circonstances; car si celui à qui j'ai fait un legs particulier étoit un de ceux qui paroissent avoir le plus mérité mon affection, & que le legs que je lui ai fait en particulier fût moindre que celui que j'ai fait, par la disposition générale, à chacun de mes domestiques, il y auroit lieu de présumer que je n'ai pas voulu, par le legs particulier, l'excepter du legs général. *L.* 19, §. 1, ff. *de alim. leg.*

REGLE XVII.

La recommandation particuliere faite après un legs général de quelques perſonnes compriſes ſous une appellation générale, ne reſtreint pas le legs général aux ſeules perſonnes recommandées.

Par exemple, ſi j'ai légué 70 livres de penſion viagere à chacun de mes domeſtiques, & que je diſe enſuite : Je recommande à mes héritiers André & Martine que j'aime beaucoup, le legs que j'ai fait précédemment ne ſera pas cenſé reſtreint, par cette recommandation, aux ſeuls André & Martine. *Arg. leg.* 5, ff. *de alim. leg.*

REGLE XVIII.

Dans les Teſtamens, comme ailleurs, une diſpoſition conçue au pluriel, ſe diſtribue en pluſieurs diſpoſitions ſingulieres.

Par exemple, ſi j'ai légué ainſi : Je legue à Pierre & à Jacques une telle choſe, s'ils ſont à mon ſervice lors de mon décès, quoique l'un d'eux ait quitté le ſervice du teſtateur, le legs ne laiſſera pas d'être valable à l'égard de celui qui y ſera demeuré, & cette diſpoſition équipolle à celle-ci : Je legue à Pierre telle choſe, s'il eſt à mon ſervice lors de mon décès; je legue à Jacques telle choſe, s'il eſt à mon ſervice lors de mon décès. *Arg. leg.* 29, §. *fin.* ff. *de leg.* 3°. L. 2, §. 1, ff. *de cond. inſt.* & L. 33, §. *fin.* ff. *de cond. & demonſt.*

Un autre exemple, ſi quelqu'un a légué ainſi : Je fais Pierre mon légataire univerſel pour moitié, & Paul pour l'autre moitié; & je leur ſubſtitue Jacques après leur mort; c'eſt comme s'il avoit dit; je ſubſtitue Jacques à Pierre après ſa mort, & à Paul après ſa mort. *Arg. leg.* 78, §. 7, ff. *ad Senatuſc. Trebell.*

Cette interprétation dépend néanmoins des circonſtances, car le ſubſtitué ne recueillera les biens qu'après la mort du dernier décédé, s'il y a des circonſtances qui faſſent connoître qu'elle a été la volonté du teſtateur, comme dans l'eſpèce de la Loi 34, ff. *de uſuf. leg.*

REGLE XIX.

Ces termes, *mon héritier*, ſignifient tous mes héritiers. L. 45, ff. *de leg.* 2°. *L.* 98, ff. *de leg.* 3°.

REGLE XX.

Ces termes, *une telle choſe*, ſignifient cette choſe entiere; ils ſignifient auſſi la pleine propriété de cette choſe.

Cette décision a lieu, quand même l'usufruit de cette chose auroit été légué à un autre; c'est pourquoi, si quelqu'un a légué ainsi : Je legue à Pierre ma maison de la Corne; je legue à Paul l'usufruit de la maison de la Corne; le legs fait à Pierre ne laissera pas de renfermer la pleine propriété de cette maison, & en conséquence il concourra avec Paul dans l'usufruit. *L.* 19, ff. *de usuf. leg. L.* 1, §. 17, ff. *ut leg. caus. cav.*

Regle XXI.

Dans les testamens, comme ailleurs, ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte à toute la phrase, & non pas à ce qui précede immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phrase se rapporte entiérement en genre & en nombre à toute la phrase.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je legue à mes domestiques mes provisions de bouche, à l'exception des bouteilles de vin qui sont a Paris; ces termes, *qui sont à Paris*, ne se rapportent pas seulement aux bouteilles de vin, mais à toute la phrase, & par conséquent il n'y aura de provisions de bouche comprises dans le legs, que celles qui sont à Paris, & non celles qui sont ailleurs.

Il en seroit autrement s'il avoit légué ainsi : Je legue mes provisions de bouche, à l'exception du vin qui est à Paris; car ces termes, *qui est à Paris*, n'étant pas concordans en genre avec ceux-ci, *mes provisions*, ne peuvent s'y rapporter, & ne restreignent point par conséquent le legs aux seuls provisions qui sont à Paris. *Facit.* L. 8, ff. *de aur. leg.*

Regle XXII.

Le genre masculin renferme ordinairement le feminin; mais le feminin ne comprend jamais le masculin.

Par exemple, lorsqu'ayant des freres & des sœurs, je fais un étranger légataire de mes biens, ou de quelque chose particuliere, & que je le charge de restituer après sa mort ce que je lui laisse *à mes freres*; par ces termes, *freres*, je suis censé avoir compris mes sœurs. *L.* 93, §. 3, ff. *de leg.* 3°.

Si, n'ayant qu'un enfant, je legue ainsi : Je fais mes légataires universels mon fils, & les autres fils que je pourrai avoir par la suite, je suis censé avoir compris les filles sous ce terme de fils. *L.* 116, ff. *de verb. signif.* Au contraire, si je legue à mes filles, mes fils ne seront point compris dans ce legs. *L.* 45, ff. *de leg.* 2°.

Si quelqu'un legue ses chevaux, ses mulets, ses moutons, les mules, les cavales & les brebis sont comprises dans le legs. *L.* 62, *L.* 65, § 6, ff. *de leg.* 3°. Au contraire, si quelqu'un a légué ses cavales, ses brebis, les chevaux, les moutons n'y seront point compris. *Exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri. L.* 45, ff. *de leg.* 2°.

REGLE XXIII.

Une disposition conçue par termes du présent ou du passé, ne s'étend pas à ce qui survient depuis.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je legue à Pierre ce qu'il me doit : ou ce que *je lui ai prêté*, le legs ne s'étend pas aux nouvelles dettes que Pierre auroit contractées depuis le Testament envers le testateur. *L.* 28, §. 2, ff. *de lib. leg.*

Au reste il suffit que la cause de la dette existât lors du Testament, quoique le droit n'ait été ouvert que depuis.

Par exemple, si j'ai légué à mon débiteur d'une somme qui porte intérêt, ce qu'il me doit, le legs comprend les intérêts courus depuis le Testament. *L.* 28, §. 6, *L.* 31, §. 4, ff. *de lib. leg.*

Cette regle souffre exception, 1°. à l'égard du legs de choses qui sont de nature à se subroger les unes aux autres; car le legs, quoique conçu par termes du présent ou du passé, comprend tout ce qui se trouve au jour de la mort, comme lorsque je legue une métairie telle qu'elle est garnie. *L.* 19, *L.* 28, ff. *de instruct. vel instr. leg. L.* 28, ff. *qui dies leg.* un magasin & les marchandises qui y sont.

La regle souffre une seconde exception à l'égard de cette clause qui se trouve dans les legs, *autant que la loi me permet donner.* Car quoiqu'elle soit conçue par termes du présent, néanmoins elle s'interprete de ce que le testateur peut donner au temps de sa mort. Par exemple, si dans une Coutume qui ne défend pas aux conjoints de se donner par testament, une femme ayant des enfans du premier mariage lors de son testament, legue en ces termes : je legue à mon mari ce que les Loix me permettent du lui donner, le legs sera valable pour le total, si lors de sa mort elle n'a plus d'enfans de son premier lit. *Arg. leg.* 51, ff. *de leg.* 2°.

La raison de cette exception est que les Loix qui défendent de donner au-delà d'une certaine quantité, se référant au temps de la mort, la disposition par laquelle le testateur déclare se soumettre à cette Loi, doit s'y référer pareillement.

Une troisieme exception est à l'égard de cette clause qui se trouve dans certains legs, je veux qu'on donne à tels & à tels, tous les ans pendant leur vie ce que j'ai coutume, ou ce que j'avois coutume de leur donner pour leurs alimens, pour leurs étrennes, &c., ces termes, ce que j'ai coutume, ou que j'avois coutume *quæ vivus præstabam*, quoique termes du temps présent, ou du passé, du moins de l'imparfait, s'entendent de ce que le testateur aura eu coutume de leur donner, non au temps du Testament, mais au temps qui aura précédé sa mort. *L.* 14, §. 2, ff. *de alim. leg.*

Une quatrieme exception est à l'égard de la clause de prorogation dont il sera parlé ci-après.

REGLE XXIV.

Une diſpoſition conçue par termes du futur, ſe réfere au temps de la mort du teſtateur.

Par exemple, ſi dans les Coutumes qui le permettent, j'ai légué à ma femme tous les bijoux & joyaux qui *ſeront* à ſon uſage, ce legs conçu au futur, renferme tous ceux qui ſe trouveront lors de ma mort; au lieu que, ſi j'avois légué tous les bijoux qui ſont à ſon uſage, le legs ne renfermeroit que ceux qui étoient à ſon uſage, au temps du teſtament. *L.* 34, §. 1 & 2, ff. *de aur. leg.*

Quelquefois pour obvier aux fraudes du légataire, on eſt obligé de reſtreindre un legs quoique conçu au futur à la quantité que le teſtateur avoit au temps du Teſtament.

Par exemple, un Epicier qui ſe repoſoit de ſon commerce ſur ſon facteur, a légué à ce facteur toutes les marchandiſes d'une certaine eſpece qui ſe trouveront, ce facteur qui avoit connoiſſance du legs, a rempli les magaſins de ſon maître d'une quantité beaucoup plus grande de marchandiſes de cette eſpece, que ſon maître n'avoit coutume d'en avoir; on doit reſtreindre le legs de ces marchandiſes à la quantité que le teſtateur avoit coutume d'en avoir lors du Teſtament. *L.* 32, §. 3, ff. *de leg.* 2°. *L.* 34, §. 1, *de leg.* 3°.

REGLE XXV.

Une diſpoſition qui, dans les termes qu'elle eſt conçue, n'exprime ni temps, ni paſſé, ni futur, ſe rapporte ordinairement au temps du Teſtament.

Par exemple, ſi j'ai légué à quelqu'un mon argenterie, le legs ne comprend que celle que j'avois lors de mon Teſtament, & non de celle que j'aurois acquiſe depuis, *cum dicit argentum meum, hâc demonſtratione, meum, præſens, non futurum tempus oſtendit. L.* 7, ff. *de aur. leg.*

Si j'ai légué à quelqu'un les Journaux des ſavans depuis trois ans, on doit entendre que ce ſont ceux depuis trois ans avant le Teſtament, & non ceux depuis trois ans avant la mort du teſtateur. *Arg. leg.* 41, §. 4, ff. *de leg.* 3°. où il eſt dit que, ſi quelqu'un a légué cinq de ſes eſclaves, à les prendre parmi ceux au-deſſous de ſept ans, le legs doit s'entendre de ceux qui étoient au-deſſous de ſept ans au temps du teſtament.

La regle ſouffre exception à l'égard du legs de choſes qui ſe ſubrogent les unes aux autres, car ſi cette eſpece de legs ſe réfere au temps de la mort du teſtateur, quoique la diſpoſition ſoit conçue en termes exprès du temps préſent, & comprend les choſes qui ſe trouveront lors du décès, à plus forte raiſon doit-on le décider lorſque la diſpoſition n'exprime aucun temps.

ARTICLE II.

Regles d'interprétation, lorsque deux ou plusieurs dispositions se contredisent.

Lorsqu'un testateur a ordonné deux choses qui se contredisent, & qu'il a également persévéré dans l'une & l'autre de ses volontés, ou qu'on ne peut pas discerner quelle est celle dans laquelle il a persévéré, & celle à laquelle il a dérogé, l'une & l'autre se détruisent mutuellement, & n'ont aucun effet, *ubi pugnantia inter se Testamento jubentur, neutrum ratum est. L.* 188, ff. *de R. Jur.*

Ce qui est écrit en dernier lieu, est présumé contenir la volonté en laquelle le testateur a persévéré, & contenir une dérogation à ce qu'il a écrit auparavant de contraire, *in Testamentis novissima scriptura valent. L.* 12, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette regle souffroit exception à l'égard de la liberté & de l'institution de l'héritier, lesquelles ne sont point de notre usage.

La regle souffroit une autre exception, lorsque le testateur, dans ce qu'il avoit ordonné en premier lieu, avoit ajouté une clause par laquelle il dérogeoit à ce qu'il pourroit par la suite ordonner de contraire; car en ce cas, ce que le testateur ordonnoit de contraire en dernier lieu, étoit de nul effet, à moins qu'il n'eût expressément dérogé à la clause dérogatoire contenue en la premiere disposition. *L.* 22, ff. *de leg.* 3°. *L.* 12, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette exception n'a pas lieu parmi nous, car l'Ordonnance de 1735, *art.* 16, déclare nulles & de nul effet toutes les clauses dérogatoires; c'est pourquoi, ce qui est écrit en dernier lieu déroge à ce qui a été écrit en premier lieu, nonobstant toutes les clauses dérogatoires, ajoutées à ce qui a été écrit en premier lieu, & sans qu'il soit besoin de déroger expressément à ces clauses dérogatoires.

Lorsqu'un testateur, par un même Testament, a légué deux ou plusieurs fois à la même personne une même somme, il est censé avoir fait cette répétition par inadvertance, & le légataire ne peut prétendre qu'une seule fois cette somme, à moins qu'il ne prouve que la volonté du testateur a été de multiplier le legs. *L.* 34, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

Cette décision a lieu, lorsque ce sont les mêmes personnes grevées de la prestation du legs, ou lorsque le testateur n'a pas exprimé qui il en grevoit, comme lorsqu'il a légué ainsi : Je legue à Pierre 1000 livres, & qu'après quelqu'autres articles de son Testament, il a ajouté : Je legue à Pierre 1000 livres, Pierre ne pourra prétendre qu'une seule fois 1000 livres.

Il en seroit autrement s'il avoit grevé différens héritiers par ses différentes dispositions, *putà* s'il avoit ainsi légué : Mon fils donnera à Pierre la somme de 1000 livres; & plus bas : Ma fille donnera à Pierre la somme de

de 1000 livres ; en ce cas, le légataire auroit droit de demander à chacun 1000 livres. *L.* 44, §. 1, ff. *de leg.* 2°.

Lorſque ce n'eſt pas par le même Teſtament, mais par différens Teſtamens ou codicilles, que le teſtateur a légué à quelqu'un pluſieurs fois la même ſomme, elle lui ſera dûe pluſieurs fois, quoiqu'il en ait grevé les mêmes héritiers, ou qu'il n'ait pas exprimé qui il en grevoit. *L.* 12, ff. *de prob.*

La raiſon de différence eſt que, s'étant paſſé un intervalle de temps depuis la premiere diſpoſition, il n'eſt pas néceſſaire de ſuppoſer que le legs a été répété par inadvertance, le légataire ayant pu mériter une nouvelle marque d'amitié & de reconnoiſſance de la part du teſtateur.

Lorſque le teſtateur a légué par un codicille poſtérieur, une ſomme différente de celle qu'il avoit léguée par un Teſtament ou codicille antérieur, la préſomption eſt qu'il a voulu augmenter ou diminuer la ſomme portée par le Teſtament ou codicille antérieur, & non pas qu'il ait voulu léguer les deux ſommes. *L.* 18, ff. *de alim. leg.*

Cette déciſion a lieu, lorſque les deux ſommes ſont léguées à la même perſonne ; il en ſeroit autrement s'il avoit légué une ſomme au pere par ſon Teſtament, enſuite par le codicille une autre ſomme aux enfans, ou à la femme. *L.* 27, ff. *de leg.* 3°.

ARTICLE III.

Regles pour l'interprétation de certaines choſes fréquentes dans les Teſtamens.

§. I.

De la clauſe d'Exception.

Lorſque le teſtateur a fait un legs de ſes biens, ou d'un certain genre de choſes, à l'exception de certaines choſes, la clauſe d'exception n'eſt valable qu'autant qu'on peut connoître quelles ſont les choſes que le teſtateur a voulu excepter. *Arg. L.* 36, ff. *de leg.* 1°.

Quand on les connoît, elle a ſon entier effet, quand même le legs ſe trouveroit par cette exception entiérement abſorbé ; par exemple, ſi un homme, qui avoit un grand nombre de chiens, legue à quelqu'un tous ſes chiens, à l'exception de deux que ſon héritier retiendra à ſon choix, & qu'il n'en laiſſe que deux en mourant, ces deux ſeront exceptés du legs, quoiqu'il n'en reſte aucun autre. *L.* 65, ff. *de leg.* 1°.

§. II.

De la clause de Prorogation.

On appelle clause de prorogation, une clause générale par laquelle le testateur accorde à ses héritiers un certain terme pour le paiement de ses legs, comme lorsqu'il dit : Mon héritier aura le terme d'un an pour acquitter les legs du présent Testament, ou bien, mes legs seront payables en trois termes, d'année en année.

Cette clause ne comprend que les legs d'une somme d'argent, ou d'une certaine quantité, comme tant de bled, tant de vin, & non pas les legs de corps certains. *L.* 30, *ppio.* & §. 6, ff. *de leg.* 1°.

Elle ne comprend que les legs qui sont faits sans terme & sans condition; car ceux que le testateur a faits sous un certain terme, ou sous une certaine condition, sont payables lors de ce terme, ou de cette condition. d. *L.* 30, §. 3, 4 & 5. Le terme particulier qui leur est assigné, déroge au terme général accordé pour le paiement des legs, suivant la maxime, *generi per speciem derogatur.*

Cette clause ne comprend pas non plus les legs que le testateur a déclaré expressément devoir être acquittés incontinent après sa mort, *præsenti die.* d. L. 30, §. 2.

Elle ne comprend pas non plus les legs faits à un créancier de ce qui lui est dû, qui ne renferment d'autre avantage pour le légataire que l'avancement du paiement, & qui seroient entièrement inutiles, s'ils n'étoient payables qu'à l'expiration du terme accordé par la clause générale. *L.* 4, ff. *de dot. præleg.*

Cette clause, quoique conçue par terme du temps passé, comprend non-seulement les legs que le testateur a déjà faits, mais ceux qu'il fera depuis, soit par le même Testament, soit par des codicilles postérieurs. *L.* 30, §. *fin.* & *L.* 31, ff. *de leg.* 1°.

Observez sur le sens de cette clause que, lorsqu'il est dit que les legs seront payés en trois termes, d'année en année, cela doit s'entendre en paiemens égaux, à moins que le testateur n'ait déclaré le contraire. *L.* 3, *ppio.* & §. 1, ff. *de ann. leg.*

Que si le testateur a dit que l'héritier pourroit les payer en trois paiemens inégaux, sans exprimer de quelle portion de la somme léguée devroit être chaque paiement, le Juge les arbitrera eu égard à l'état de la succession. d. *L.* 3, §. 2.

§. III.

De la clause de Répétition.

La clause de répétition est une clause par laquelle le testateur répete au profit de quelqu'un le legs d'une somme, ou d'une chose qui lui a été déjà fait, ou qu'il a fait à un autre.

Cette clause s'exprime par ces termes : De plus que cela, *hoc ampliùs*, ou par ceux-ci : *Outre & par-dessus*.

Par exemple, si quelqu'un a légué ainsi : Je legue à Pierre une telle métairie, & à Paul, *outre & par-dessus cela*, la somme de 100 pistoles, il est censé par ces termes, avoir répété au profit de Paul le legs de la métairie qu'il avoit fait à Pierre ; c'est pourquoi Paul & Pierre concourront au legs de cette métairie. *L.* 13, ff. *de leg.* 3°.

Cette clause a quelquefois l'effet de rendre valable un legs qui étoit nul ; *legata inutiliter data Papinianus putat confirmari per repetitionem. L.* 19, ff. *de leg.* 1°.

Par exemple, j'avois légué par mon Testament à Pierre un héritage que je ne sçavois pas lui appartenir, le legs est nul ; Pierre l'ayant depuis aliéné, je m'exprime ainsi par un codicille : Je legue à Pierre cent pistoles de plus que je ne lui ai légué ; ces termes *de plus que*, contiennent une répétition du legs de l'héritage fait par le Testament, & ce legs qui étoit nul devient valable par la répétition, parce qu'au temps du codicille qui le contient, l'héritage n'appartenant plus au légataire, a pu lui être valablement légué.

Cette clause est quelquefois générale, comme lorsque le testateur s'exprime ainsi par un codicille : Je legue à chacun de mes légataires, outre & par-dessus ce que je leur ai déjà légué, la somme de tant.

§. IV.

De la clause d'augmentation de legs.

Lorsqu'un testateur, par un codicille, déclare qu'il legue à tous ses légataires une fois autant qu'il leur a déjà légué ; il est évident que cette clause ne comprend que les legs de sommes d'argent, ou de quantité, comme tant de vin, tant de bled, &c. & non pas les legs de corps certains.

Elle ne comprend pas non plus ceux par lesquels le testateur n'a fait qu'ordonner la restitution de ce qu'il devoit avant le terme. *L.* 88, §. 7, ff. *de leg.* 2°.

C'est une question sur l'effet de cette clause, si, lorsque l'un des legs étoit fait sous des charges, on devoit doubler la somme entiere, ou seulement doubler celle qui reste après la déduction des charges. La Loi 18, §. 3, ff. *de alim. leg.* paroît décider qu'on doit doubler la somme entiere, cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

ARTICLE IV.

Regles pour l'interprétation de différens noms employés par les Testateurs, pour désigner les choses qu'ils léguent.

§. I.

Interprétation de quelques noms à l'égard de legs d'immeubles.

Si j'ai légué *mes maisons d'Orléans*, le legs comprend celles que j'ai dans les fauxbourgs. *L.* 41, §. *6*, ff. *de leg.* 3°.

Que si j'avois légué les maisons que j'ai dans la ville, il y auroit lieu de soutenir que celles des fauxbourgs n'y seroient pas comprises, pourvu qu'il y en eût au moins deux dans la ville, sur lesquelles pussent tomber cette expression. Cette décision est fondée sur la Loi 2, ff. *de V. S.* qui dit: *Urbis appellatio muris Romæ continentibus ædificiis finitur.* Lorsqu'on dit la ville simplement, cela paroît dit par opposition aux fauxbourgs.

Que si je n'avois pas dit simplement, que j'ai dans la ville, mais que j'ai dans la ville d'Orléans, on pourroit peut-être dire que celles des faubourgs y sont comprises. *Arg. L.* 4, §. 4, ff. *de pen. leg.* qui dit: *Romam continentibus (finiri) & urbem Romam æquè continentibus.*

Si j'ai légué mes biens de ville, mes maisons de ville, je pense que celles des fauxbourgs y sont comprises; car, maisons de ville se disent par opposition aux maisons de campagne, & comprennent celles des fauxbourgs.

§. II.

Du legs des Biens meubles, & du legs des Meubles.

Lorsque je legue mes biens meubles, ou mes effets mobiliers, ce legs comprend toutes les choses mobilières, tant incorporelles que corporelles, & généralement tout ce qui n'est point immeuble.

Mais lorsque je legue mes meubles, le legs ne comprend que les choses qui servent à meubler mes maisons, soit à la ville, soit à la campagne; les marchandises, l'argent comptant, les billets n'y sont pas compris.

§. III.

Du legs d'une Terre avec les Meubles servans à son exploitation.

Lorsque j'ai légué une terre que je faisois valoir avec les meubles qui *servent à son exploitation, fundum cum instrumento*, ce legs comprend toutes

les choses qui servent à faire venir les fruits, à les recueillir & à les conserver, *ea quæ fructus cogendi, quærendi & conservandi gratiâ parata sunt. L. 8, de instruct. vel instr. leg.*; tels que sont les bestiaux qui servent à fumer les terres, les bœufs ou chevaux qui servent à les labourer, ou à voiturer les fumiers & les fruits; les charrues, les charrettes, les herses & tous autres instrumens aratoires; les cuves, les tonneaux, les vans, les cribles, &c.

Ce legs comprend aussi les provisions pour la nourriture des valets & servantes employés pour l'exploitation de la terre, les marmites & autres ustensiles de cuisine, les meubles à leur usage. *L. 12. L. 18, §. 3, & 9, ff. de instr. vel instrum. leg.*

Mais ce legs ne comprend pas ce qui est dans la terre pour l'usage de la personne du Pere de famille, *supellex, cæteraque, si qua in agro fuerunt quo instructior esset Pater familias, instrumento fundi non continentur. L. 12, §. 15.*

§. IV.

Du legs d'une Terre ou d'une Maison meublée.

Lorsque je legue une terre toute garnie, *fundum ut instructus est*, le legs comprend non-seulement les meubles qui servent pour l'exploitation des métairies, mais il comprend aussi tous les meubles qui servent à meubler le château, & généralement tout ce qui y est pour l'usage du Pere de famille, *hoc legato, non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur. L. 12, §. 27, de instruct. vel instrum. instructo continebuntur quæ ibi habuit ut instructior esset. d. §.*

Ce legs comprend donc de même que le legs d'une maison garnie, non-seulement les meubles d'hôtel, qui servent à garnir les appartemens, comme lits, fauteuils, chaises, tapisseries, tableaux, tables, bureaux, armoires, batteries & ustensiles de cuisine; il comprend aussi l'argenterie, le linge de table, les draps, la garderobe, les carrosses, chevaux, les provisions du ménage, tant pour la table du Pere de famille, que pour celle de ses domestiques, tant de ceux qui sont employés auprès de sa personne, que de ceux qui sont employés aux ouvrages de la campagne, & pour la nourriture des animaux, tant de ceux qui servent pour sa personne, que de ceux qui servent à l'exploitation des terres, telles que sont les provisions de bled, avoine, pailles, foins, vins, vinaigre, sel, liqueurs fruits, &c. *si fundus sit instructus legatus & supellex continebitur & vestis non solùm stragula, sed & quid ibi uti solebat..... Aurum & argentum vina quoque, si quæ ibi fuerint usûs ipsius causâ, & si quid aliud ustensilium. d. L. 12, §. 28.*

Les livres sont aussi compris dans le legs d'une terre meublée, ou d'une maison de ville meublée quoique quelques Jurisconsultes en eussent douté. *d. L. 12, §. 34 & 43.*

Mais les bleds, vins, foins & autres fruits qui n'étoient point destinés pour la provision du Pere de famille, mais étoient destinés à être vendus, ne sont point compris dans ce legs, *fructus ibi repositos ut venirent instructo non contineri. d. L. 12, §. 30.*

Les choses qui y sont comme en réserve, & qui ne servent ni à meubler les appartemens, ni à l'usage du Pere de famille, ne sont point non plus comprises dans ce legs, *imagines hæ sola videntur quæ in aliquo ornatu villæ fuerunt, sed si qua eò congesserat non usûs sui causâ, sed custodiæ gratiâ non continebuntur. D. L. 12, §. 36, & 29.*

Les choses même qui servent à l'usage du Pere de famille, ne sont comprises dans ce legs, que lorsqu'elles y sont pour y être consommées ou pour y rester, & non pas celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le Pere de famille y fait, *fundo sicut instructus est legato, omnia quæ vel ut ipse Pater familias cum ibi ageret, vel ut fundus esset instructus, non temporis causâ in eo habuit, relicta esse juris aucthoritate definitum est. L. 2, cod. de V. S.*

C'est pourquoi, ce que nous avons dit que l'argenterie, la garderobe & autres choses qui servent à l'usage du Pere de famille étoient comprises dans le legs qui est fait de la terre, telle qu'elle est garnie, ne doit s'entendre que des choses de cette espece qui sont dans cette espece pour y rester, & non pas de celles qui y sont transportées pour y être seulement pendant le temps d'un séjour passager que le Pere de famille y fait, & qu'on remporte quand on s'en retourne.

§. V.

Du legs des choses qui sont dans un tel lieu.

Lorsque le testateur a légué sa terre, sa maison & tout ce qui y est, le legs renferme les choses qui y sont pour y rester.

Celles qui y sont pour rester, y sont comprises, quoiqu'au temps de la mort du testateur elles ne s'y soient pas trouvées, le testateur les ayant envoyées ailleurs pour quelque temps à dessein de les y faire revenir, & au contraire celles qui s'y sont trouvées au temps de la mort n'y sont pas comprises, si elles n'y étoient pas pour rester, mais seulement pour un temps, *rebus quæ in fundo sunt legatis, accedunt etiam ea quæ non sunt, si esse solent, nec quæ casu ibi fuerint legata existimantur. L. 78, §. 7, ff. de leg. 3°.*

Par exemple, si un testateur qui a légué une telle terre, ou une telle maison & ce qui y est, avoit prêté quelques livres ou quelqu'autre chose qui avoit coutume d'être en sa maison, ou l'avoit mise en dépôt pendant un voyage, ou mise en gage, de telle maniere que la chose ne se trouva pas lors de sa mort dans cette maison, cette chose ne laissera pas d'être comprise au legs, comme le décide fort bien Labeon, contre le sentiment d'Ofilius. *L. 39, §. 1, ff. de aur. leg.*

Vice versâ, les choses qui seront trouvées dans cette terre, ou dans cette maison, lors de l'échéance du legs, ne seront pas comprises au legs, si elles n'y étoient pas pour y rester; par exemple, les bestiaux d'une autre terre, qui n'étoient dans celle-ci que pour y séjourner.

Suivant le même principe, les choses que le testateur avoit dans cette terre, ou dans cette maison pour les vendre quand il en trouveroit l'occasion favorable, tels que sont les bleds, les vins de ses récoltes, à l'exception de ce qu'il a coutume d'en garder pour sa provision, & généralement toutes especes de marchandises ne sont point comprises dans ce legs. *L.* 32, §. 2 & 3, ff. *de usuf. leg.*

Par la même raison, l'argent comptant qui s'y trouve, n'est point compris dans le legs, parce qu'il n'y étoit que pour en sortir à mesure que le testateur auroit occasion de le dépenser. *L.* 41, §. *6. L.* 44. *L.* 92, §. 1, ff. *de leg.* 3°.

A l'égard des dettes actives dont les billets & cédules se seroient trouvés dans la maison; il est évident qu'elles ne sont point comprises dans ce legs, car les billets & cédules n'en sont que l'instrument probatoire, ces choses sont en elles-mêmes quelque chose d'incorporel qui ne peut être en aucun lieu. *L.* 18, §. *fin.* ff. *de inst. vel instrum. d. L.* 41, §. *6.*

§. V I.

Du legs de l'Argenterie.

Lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un son argenterie, si comme je le pense, notre terme françois *argenterie*, répond à celui d'*argentum factum*, ce legs comprend seulement la vaisselle d'argent. Q. *Mucius scribit argentum factum, vas argenteum videri esse. L.* 27, ff. *de aur. leg.* c'est-à-dire, tout ce qui sert pour la table, plats, assiettes, cuillers, fourchettes, couteaux, bassins, salieres, chandeliers, réchauds, &c.

Les autres meubles d'argent n'y sont pas compris comme une table d'argent, des lustres & bras d'argent, un foyer d'argent, de petites statues d'argent. *Lectum argenteum vel si qua alia argentea suppellex fuit, argenti appellatione non continetur, si numero argenti habita non est, nec candelabra, vel sigilla quæ in domo reposita sunt.* L. 19, §. 8, *de aur. leg.*

Tout ce qui fait partie des bijoux ou de la toilette, quoique d'argent, n'est point compris non plus sous le terme d'argenterie, ni les médailles, encore moins l'argent monnoyé, *argentum factum rectè quis definierit quod nec in massâ, nec in laminâ, nec in signato, nec in supellectili, nec in mundo, nec in ornamentis insit. d. L.* 27, §. *6.*

S'il paroissoit néanmoins que le testateur eût réputé dans son argenterie quelques-unes des choses que nous avons dit n'y être pas comprises, elles y seroient comprises, c'est pourquoi la Loi ci-dessus citée dit, *si numero argenti habita non est.*

§. VII.

Du legs de la Garderobe, de la Toilette, des Bijoux.

Lorsqu'une personne legue sa garderobe, ce legs comprend tout ce qui sert à nous vêtir, ce legs comprend toutes sortes de vêtemens tant pour le jour que pour la nuit, les chemises comme les vêtemens extérieurs, ce qui sert pour la chaussure, & la coiffure, en quoi le legs de la garderobe a plus d'étendue parmi nous que le legs *vestimentorum*, qui ne comprenoit pas la chaussure. *L.* 25, §. 4, ff. *de aur. leg.*

Les gands, les manchons, les manteaux, les parapluies, les parasols paroissent aussi devoir y être compris.

Le legs de la garderobe comprend non-seulement les habits ordinaires, mais les habits de masques, *vestis appellatione & scenica continetur*, *L.* 127, ff. *de V. S.* & les habits de cérémonie, comme une robe rouge, une fourrure; les habits de chœur d'un Ecclésiastique, comme l'aumusse.

Ce legs ne comprend pas les pierreries, les anneaux, pendans d'oreilles, colliers, brasselets, ornemens de tête, & autres choses semblables, qui servent plutôt à parer qu'à vêtir.

Il ne comprend pas les chasubles, les aubes, &c. ces choses faisant partie de la Chapelle plutôt que de la garderobe.

La toilette ne fait pas non plus partie du legs de la garderobe; les choses qui composent la toilette d'une femme, composent une espece particuliere de meubles, qui peut répondre à ce que les Romains appelloient *mundus muliebris de quo vid. tit. de aur. leg. art.* 2. On connoît assez ce qui compose & fait partie de la toilette des femmes; il n'est pas besoin ici de le détailler.

Les bijoux font aussi une espece particuliere de meubles; elle a plus d'étendue qu'*ornamenta muliebria* chez les Romains, car le legs que fait une femme de ses bijoux, ne comprend pas seulement les choses qui servent à sa parure, tels que sont les colliers, pendans d'oreilles, brasselets, anneaux, pierreries, ornemens de tête, rubans, &c. il comprend aussi les montres, tabatieres, petites boëtes, bourses, petites statues, &c. il ne doit pas comprendre ce qui fait partie de la toilette; car la toilette comprend une espece particuliere.

Un homme peut aussi léguer ses bijoux.

§. VIII.

§. VIII.

Du legs des Provisions de ménage, ou de maison.

Ce legs a rapport à celui dont il est traité au Titre du Digeste *de penu legatâ*; il comprend toutes les provisions que le testateur avoit, tant pour son usage, que pour celui de ses domestiques, ses chevaux & autres animaux qu'il peut avoir à son service, comme le bled, le vin, le vinaigre, l'huile, le sel, le foin, l'avoine, la paille, le sucre, les confitures, les épiceries, & *passim tit. de pen. leg.*

Le bois, le charbon, la chandelle, les bougies y sont aussi compris. *L. 3. §. 9.* ff. *de pen. leg.* Quelques Jurisconsultes néanmoins en avoient douté, parce qu'on définit ordinairement *penus quæ esui potuique sunt.*

Les vins & autres liquides, qui ne peuvent être sans les barils & tonneaux qui les renferment, entraînent avec eux les barils & les tonneaux où ils sont renfermés. *L. 4.* ff. *de pen. leg.*

Les coffres, boëtes, paniers, qui renferment les autres provisions, ne sont point compris dans ce legs, encore moins les ustenciles de cuisine. *L. 3. §. 11. L. 6.* ff. *d. tit.*

Ce legs comprend non-seulement les choses qui se sont trouvées dans la maison du testateur lorsqu'il est mort, mais même celles qu'il avoit ailleurs, & qui néanmoins étoient destinées pour sa provision. *L. 4. §. 5. L. 7.* ff. *d. tit.*

Lorsque le testateur se servoit pour son ménage, du bled, du vin, & autres marchandises semblables qu'il avoit à vendre, sans avoir séparé ce qu'il destinoit pour sa provision de ce qu'il destinoit pour vendre, on doit prendre sur le total la quantité qu'il avoit coutume de dépenser pour sa maison dans une année. *d. L. 4. §. 2.*

Observez aussi que ce legs ne comprend pas les provisions pour les serviteurs & animaux employés pour l'exploitation des terres du pere de famille, mais seulement de ceux employés au service de sa personne. *L. 3. §. 6 & 7.* ff. *h. tit.*

§. IX.

Du legs des Meubles d'Hôtel, ou Meubles meublants.

Les meubles d'hôtel, ou meubles meublants, ont rapport à ce que les Romains appelloient *Supellex;* c'est pourquoi, lorsque quelqu'un a légué ses meubles d'hôtel, ses meubles meublants, ou même simplement ses meubles, je pense que ce legs comprend tout ce qui est nécessaire à garnir une maison pour l'usage ordinaire du pere de famille, à l'exception des choses qui appartiennent à quelque autre genre particulier de meubles,

supellectiles eas res esse puto quæ ad usum communem patris familiæ paratæ essent, quæ nomen sui generis separatum non haberent. L. 6. ff. *de supell. leg.*

C'est pourquoi ce legs doit comprendre les lits, chaises, fauteuils, tapisseries, tapis, miroirs, tables, bureaux, armoires, lustres, foyers, batterie de cuisine, vaisselle d'étain & de fayance, porcelaine, cristaux de table, linge de table, *L. 3. ppio.* §. *13. 4. 5.* ff. *d. tit.*

L'argenterie, les provisions du ménage, la garderobe, la toilette, les bijoux, n'y sont point compris, car ces choses sont d'autres genres particuliers de meubles. *L.* 1 *L.* 17. ff. *d. tit.*

La bibliotheque n'y est point comprise. L. 3. § 2.

Les chevaux & équipages, & autres animaux, ne sont point non plus compris dans ce legs. *L.* 2. *d. tit.* mais tout ce qui sert pour les voyages, comme les malles, valises, &c.

§. X.

Du legs d'une certaine somme par chacun an.

Lorsque le testateur a légué à quelqu'un une certaine somme d'argent, par chacun an pendant sa vie; selon les Loix Romaines, cette disposition contient autant de legs que de sommes, qui doivent être payées par chacun an de la vie du légataire, dont le premier échet lors de la mort du testateur, & chacun des autres au commencement de chaque année, après la précédente révolue, de maniere qu'il suffit que le légataire ait vêcu le premier jour, pour qu'il transmette dans sa succession le legs de la somme entiere, qui doit être payée pour cette année; *si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus plura legata esse ait, & primi anni purum, sequentium conditionale si vivat. L. 4.* ff. *de ann. leg. sed utrùm initio cujusque anni an finito anno cedat..... Labeo Sabinus..... In omnibus quæ in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujusque anni hujus legati dies cederet. L.* 12. §. 1. ff. *qu. di. leg. ced.*

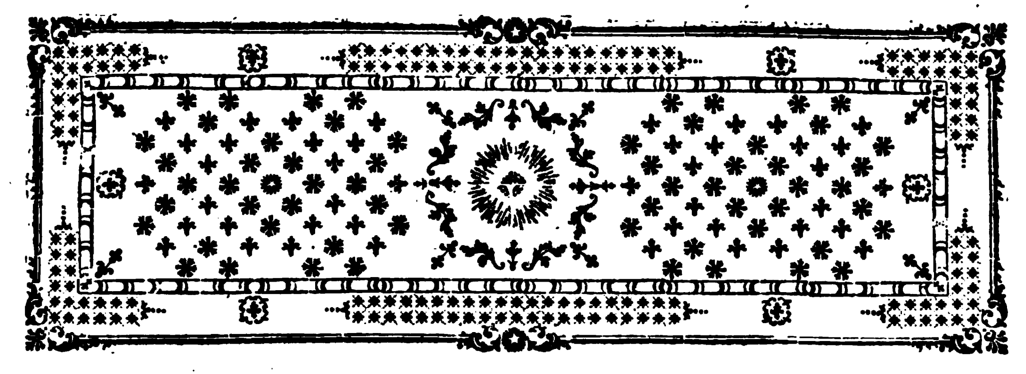
Je ne pense pas que cette décision soit suivie parmi nous, & lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un une certaine somme par chacun an, ce legs est le legs d'une pension viagere dont la somme qui est léguée par chacun an, se distribue en autant de parties qu'il y a de jours dans chaque année, & qui échet chaque jour; c'est pourquoi lorsque le légataire meurt, il ne transmet de cette pension dans sa succession que ce qui en a couru jusqu'au jour de sa mort.

Lorsque le testateur a légué une certaine somme par chacun an pendant un certain nombre limité d'années, par exemple, pendant dix ans, il est censé n'avoir fait qu'un seul legs distribué en plusieurs payemens partiels d'année en année pour la commodité du greve c'est pourquoi, si le légataire meurt pendant ce temps, il transmet dans sa succession

la ſomme entiere qui devoit être payée pendant ce temps, il en ſeroit autrement ſi le teſtateur avoit marqué qu'il lui léguoit ces ſommes pour ſes alimens, ou qu'il parut par les circonſtances que telle étoit la volonté du teſtateur. *L.* 20. *L.* 26. §. 2. ff. *qu. dies leg. cedat.* C'eſt pourquoi dans ce cas le légataire ne tranſmettra dans ſa ſucceſſion que ce qui en aura couru juſqu'au jour de ſa mort.

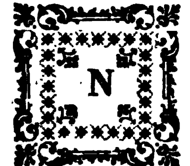
Lorſqu'on a légué à quelqu'un une ſomme pendant qu'il vivra, ſans ajouter que ce ſeroit par chacun an, on peut douter ſi c'eſt d'une ſeule ſomme une fois payée que le teſtateur a entendu parler, comme l'avoit penſé Labeon, ou d'une rente viagere de cette ſomme, il eſt plus probable que c'eſt d'une rente viagere, ces termes pendant qu'il vivra, *donec vivat.* préſentent ce ſens. *L.* 17. ff. *de ann. leg.*

Fin du Traité des Donations Teſtamentaires.



TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.



Nous n'admettons dans le Droit François que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit : la Donation entre-vifs & la testamentaire. *Ordonnance de* 1731. *art.* 3.

La Donation entre-vifs, est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

Les Donations entre-vifs sont ou directes, ou fideicommissaires; elles sont directes, lorsqu'elles se font sans l'interposition d'une personne tierce; elles sont fideicommissaires, lorsqu'elles sont faites par l'interposition d'un premier donataire, qui est chargé de restituer les choses données au second. Nous avons parlé de cette derniere espece au Traité des Substitutions.

La Donation entre-vifs est du droit des gens; nos Loix civiles l'ont assujettie à certaines formes. Nous traiterons d'abord :

1°. Des personnes qui peuvent donner; à qui on peut donner, & des choses qui peuvent être données.

2°. Des formes des Donations entre-vifs, & par quels actes elles doivent être faites?

3°. De l'effet des Donations entre-vifs, & des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir un retranchement.

SECTION PREMIERE.

Des personnes qui peuvent donner ; à qui on peut donner ; & des choses qui peuvent être données.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes qui peuvent donner entre-vifs.

LA Donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du Droit civil, peuvent donner entre-vifs. C'est pourquoi les Aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au Droit civil: le droit de tester ne peut par conséquent appartenir qu'aux Citoyens pour qui la Loi civile est faite; au lieu que la Donation entre-vifs étant une convention, elle est comme nous l'avons dit du droit des gens, auxquels les Aubains participent.

Si les Religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce qu'ils sont privés des droits civils; mais c'est que ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

Ceux qui, étant hors du Cloître, ont un pécule, peuvent disposer par Donation entre-vifs des effets de leur pécule.

Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit, si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs; mais elles le peuvent avec son autorisation.

Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parce que la Loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens.

Si ils étoient émancipés, soit par le mariage, soit par Lettres, ils pourroient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses; mais ils ne pourroient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite.

Il est évident que les Insensés ne peuvent donner, puisque la Donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu, quoique l'Insensé ne fût pas interdit par Sentence lors de la Donation qu'il auroit faite; mais en ce cas, c'est à ceux qui l'attaqueroient à justifier qu'au temps de la Donation, le donateur n'avoit pas l'usage de la raison.

Il en est autrement du Prodigue; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisqu'ayant l'usage de la raison, il est capable de consen-

tement. Ce n'eſt que par la Sentence du Juge, qui, en le privant de l'adminiſtration & de l'aliénation de ſon bien, le rend incapable de donner; d'où il ſuit que les Donations qu'il auroit faites avant cette Sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, ſont valables.

Si un Interdit, pour cauſe de démence, avoit recouvré la raiſon, & qu'il eût fait depuis une Donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par Sentence, la Donation ſeroit-elle valable? Ricard dit qu'oui. La Loi premiere, ff. *de curat. furioſo*, ſemble autoriſer ſon ſentiment; car en parlant des fous & des furieux, elle dit : *Tamdiù erunt ambo in curatione quamdiù vel furioſus ſanitatem, vel ille ſanos mores receperit. Quod ſi evenerit ipſo jure deſinunt eſſe in poteſtate curatorum.*

Cet Auteur conclut de ces mots, *ipſo jure*, que l'Interdit qui a recouvré la raiſon, recouvre de plein droit, & ſans qu'il ſoit beſoin d'une Sentence du Juge qui le releve, la faculté de diſpoſer de ſes biens; & en conſéquence il penſe que le donataire peut défendre la Donation qui lui a été faite, en juſtifiant que le donateur, lors de la Donation avoit recouvré la raiſon. Je penſe qu'il ſeroit dangereux d'admettre en ce cas un donataire à la preuve d'un pareil fait; & que le donateur qu'on prétend avoir recouvré la raiſon, doit demeurer ſous l'interdiction juſqu'à ce qu'il ſe ſoit fait relever. En cela il ne ſouffre aucun tort, puiſque ne tenant qu'à lui de faire conſtater au Juge du recouvrement de ſa raiſon, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la Loi premiere, ff. *de curat. furioſ.* où il eſt dit : *Ipſo jure deſinunt eſſe in curatione*. Wiſſembach, *ad hunc titulum*, remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation; *ita tamen ut priùs Judici de recepta mentis ſanitate, aut ſanis moribus conſtare fecerint.*

Un ſourd & muet, qui ne ſçait pas écrire, ne peut donner des ſignes certains de ſa volonté, d'où il ſuit qu'il eſt dans le cas de l'interdiction, & par conſéquent qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en eſt autrement de celui qui eſt ſeulement ſourd ou muet.

Un malade, de la maladie dont il meurt par la ſuite, ceſſe d'être capable de donner entre-vifs, dès que ſa maladie ſe déclare avoir un trait prochain à la mort. Les Coutumes de Paris, *art.* 277. & d'Orléans, *art.* 297. en ont des diſpoſitions. Elles diſent que » toutes Donations, » encore qu'elles ſoient conçues entre-vifs, faites par perſonnes giſants « au lit malades de la maladie dont ils décedent, ſont reputées faites à » cauſe de mort, & teſtamentaires, & non entre-vifs.

La raiſon de ces diſpoſitions eſt que les Donations faites par perſonnes qui ſont en cet état, ne peuvent plus avoir le caractere de libéralité propre aux Donations entre-vifs, lequel conſiſte à préférer pour les choſes données le donataire à ſoi-même. *Qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm ſe.* Elles n'ont que celui des Donations pour cauſe de mort, qui conſiſte à préférer le donataire, non pas à ſoi, mais à tout autre. *Qui donat mortis causâ, mavult ſe habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm ſuum hæredem.* En effet on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur, qui ſe voit toucher à ſa fin, préfere

le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, & que la mort lui va enlever.

Ces dispositions de Coutumes auroient-elles lieu, si le donateur avoit expressément déclaré par l'acte de Donation, que son intention étoit que la Donation eût le même effet que s'il eût donné en pleine santé, & qu'il avoit volonté de donner, quand même il pourroit compter sur une longue vie? Il faut dire que la Donation n'en seroit pas moins pour cause de mort, parce qu'une personne s'abuse elle-même quand elle est dans cet état; & quoiqu'elle pense alors qu'elle donneroit également, si elle étoit en santé, il ne s'ensuit nullement qu'elle auroit la même volonté si elle y étoit effectivement. Quelques protestations que fasse alors le donateur, il ne peut plus être censé préférer le donataire à lui-même dans une chose qu'il ne peut plus conserver, & par conséquent sa Donation ne peut plus avoir le caractere de Donation entre-vifs, & être une vraie Donation entre-vifs, en quelques termes qu'elle soit conçue. Tel paroît être l'esprit de nos Coutumes, qui est en cela différent du Droit Romain, suivant lequel un mourant ne laissoit pas de donner entre-vifs. *Ita ut moriens magis quàm mortis causâ donasse videretur.*

Il suit de ces principes que, pour que les dispositions des Coutumes aient lieu, il faut que deux choses concourent touchant la maladie, & le temps auquel la Donation a été faite.

1°. Il faut que dans le temps auquel la Donation a été faite, la maladie fût dès-lors déclarée mortelle.

Que si la Donation a été faite dans le commencement d'une maladie qui paroissoit peu dangereuse, quoique depuis ayant empirée elle ait conduit le donateur au tombeau, la Donation ne sera pas reputée faite pour cause de mort; puisqu'elle a été faite dans un temps où le donateur ne croyoit pas mourir.

2°. Il ne suffit pas que la maladie fût, lors de la Donation une maladie déclarée mortelle, il faut encore qu'elle eût trait à une mort prochaine. Que si la maladie, lors de la Donation, étoit mortelle de sa nature, mais qu'elle n'eût trait qu'à une mort éloignée, & n'empêchât pas le donateur de pouvoir encore espérer plusieurs années de vie, telle qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à un certain période; en ce cas, la Donation ne sera pas reputée pour cause de mort, car on ne peut pas dire, en ce cas, que le donateur n'a donné la chose que parce qu'il ne pouvoit plus la conserver.

Quelques Coutumes déterminent un temps dans lequel il faut que la mort soit arrivée, pour que la maladie soit censée avoir eu un trait prochain à la mort, & pour que la Donation soit par conséquent reputée pour cause de mort. Par exemple, dans la Coutume de Normandie, il faut que le donateur soit mort dans les quarante jours; à Montargis, il faut qu'il soit mort dans les trente jours. Ces Coutumes doivent être renfermées dans leur territoire; mais dans celles qui n'ont pas déterminé le temps, comme sont celles de Paris & la nôtre, il est laissé à l'arbitrage du Juge qui doit juger par les circonstances, autant que par le temps que

le

le donateur a vêcu depuis sa Donation, si la maladie avoit un trait prochain à la mort.

Dans cette variété de Coutumes, dont les unes fixent le temps à trente, les autres à quarante jours, les autres le laissent à l'arbitrage du Juge, c'est celle où les biens sont situés qui doit décider; car les Statuts qui n'ont pas pour objet l'état des personnes, mais le droit ou la maniere de disposer des choses, sont des Statuts réels qui exercent leur empire sur toutes les choses situées en leur territoire, & non sur aucune autre, selon la nature des Statuts réels.

Si les choses données étoient des effets mobiliers ou des rentes constituées, comme ces choses n'ont pas de situation, c'est pour lors la Coutume qui régit la personne du donateur, c'est-à-dire, celle de son domicile, qui doit décider.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans parlent de *personnes gisants au lit :* la Donation en seroit-elle moins reputée pour cause de mort, parce que le donateur, lors de sa Donation auroit été dans son fauteuil, si d'ailleurs, dès ce temps, la maladie avoit un trait prochain à la mort? Sans doute qu'elle n'en seroit pas moins reputée pour cause de mort, car c'est sur le trait prochain à la mort qu'est fondée la raison de la coutume & non sur la circonstance si le donateur étoit gisant au lit ou non; cette circonstance étant par elle-même fort indifférente à la raison de la Loi. Si la Coutume l'a exprimée, elle ne l'a fait que pour exprimer la griéveté de la maladie qu'elle exigeoit, & non comme une condition de sa disposition qui dût être littéralement observée. Il y a de certaines maladies qui ne permettent pas au malade de garder le lit; comme par exemple l'hydropisie. Certainement la Donation faite par un hydropique dans les derniers périodes de sa maladie & peu de jours avant sa mort, n'en sera pas moins reputée pour cause de mort, parce qu'il étoit dans son fauteuil.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la Coutume ayant parlé de la maladie dont le donateur décede, une Donation entre-vifs, & faite par un malade dans un temps où on désespéroit de sa vie, & qui néanmoins, contre toute attente a été guéri, doit être reputée pour cause de mort, & si en conséquence le donateur revenu en santé, la peut revoquer. La lettre de la Coutume paroît décider pour la négative; mais je pense avec Duplessis que si on prend bien son esprit, on doit au contraire décider pour l'affirmative. En effet, une donation faite par un malade qui est mort par la suite de sa maladie, étoit dès ce temps & avant que la mort fût survenue, non une Donation entre-vifs, mais une donation pour cause de mort. Si elle neût pas été telle dès-lors, la mort qui est survenue depuis, n'auroit pu la rendre telle & changer sa nature; car la nature d'un acte se forme lorsque l'acte se contracte & ne peut pas dépendre de ce qui arrive par la suite. Si on admet, comme on ne peut refuser de l'admettre que la Donation étoit pour cause de mort, dès avant que la mort fut survenue, je demande quest-ce qui la rendroit telle? Ce ne pouvoit être la mort qui la rendoit telle,

puisqu'elle n'étoit pas encore arrivée; mais c'étoit la persuasion de la proximité de cette mort, qui faisoit regarder au donateur les choses qu'il donnoit, comme des choses qu'il ne pouvoit plus conserver. Si dans l'hypothèse où le donateur est mort, ce n'est pas précisément la mort qui depuis est survenue, mais plutôt la persuasion de la proximité de cette mort qui a donné à la Donation pour cause de mort ce caractere, on doit décider pareillement dans l'hypothèse présente que la Donation est pour cause de mort, quoique le donateur, contre toute attente, ne soit pas mort; puisque ce n'est pas précisément la mort qui donne à la Donation ce caractere, mais la persuasion de la mort, qui s'est trouvée également dans cette hypothèse comme dans la précédente.

Les termes des Coutumes de Paris & d'Orléans: *de la maladie dont ils décedent*, ne doivent pas être pris littéralement, & doivent être entendus d'une maladie qui ne laisse pas d'espérance de guérison. La Coutume de Nivernois l'exprime bien plus exactement; elle porte, » de la maladie dont il meurt après, ou de maladie vraisemblablement » dangereuse de mort. «

Quoiqu'une Donation faite dans une maladie dangereuse soit reputée pour cause de mort, & qu'en conséquence le Donateur revenu en convalescence puisse la revoquer; néanmoins si, de puis la convalescence, il l'a laissée subsister pendant un temps très-considérable, ce long silence peut la faire présumer entre-vifs. Il y a lieu de dire que le donateur, quoique dangereusement malade, étoit dans la disposition de donner la chose à son donataire quand même il pourroit la garder, & que la circonstance de sa maladie n'a pas été le motif principal de sa Donation, l'évenement ayant ustifié cette disposition, puisqu'il ne l'a pas revoquée quand il a eu recouvré la santé.

Il reste à observer que ces Donations que les Coutumes reputent pour cause de mort sont absolument nulles & ne sont même pas valables pour ce dont il est permis de disposer pour cause de mort. Il n'y a plus lieu d'en douter de puis l'Ordonnance de 1731 qui porte, *art.* 4. » Que toute » Donation entre-vifs qui ne seroit pas valable en cette qualité, ne » pourra valoir comme Donation à cause de mort ou testamentaire, » de quelque formalité qu'elle soit revêtue. » En effet, étant essentiel aux dispositions testamentaires d'être l'acte pur de la volonté du testateur, toute Donation conçue entre-vifs & faite par forme de convention entre le donateur & le donataire, manque de ce qu'il y a de plus essentiel à la forme des dispositions testamentaires, & par conséquent de quelques autres formalités qu'elle soit revêtue, elle ne peut valoir comme disposition testamentaire. Et comme, par l'article précédent, l'Ordonannce n'admet aucune autre disposition pour cause de mort, il s'ensuit que ces Donations qui ne peuvent valoir, ni comme Donations entre-vifs, ni comme testimentaires, sont absolument nulles. Ce sentiment, suivi par l'Ordonnance, étoit dès avant elle, le plus autorisé. Ricard en rapporte deux Arrêts; c'étoit le sentiment de Lalande & de plusieurs autres Jurisconsultes.

La Jurisprudence a étendu, suivant l'avis de Dumoulin & Coquille, la disposition de ces Coutumes aux Donations faites par un Novice, & les répute pareillement pour cause de mort, quoique conçues entre-vifs, & elles sont par conséquent nulles. Il y a un Arrêt dans Soefve, §. 449.

Il y a même raison; on peut même dire qu'il y a une plus forte raison de décider ainsi dans le cas présent; car l'amour de la vie fait souvent que le malade espere la guérison contre toute espérance; au lieu que le novice qui souhaite faire profession ne doute pas qu'il va quitter le siécle, & par conséquent que les biens qu'il donne sont des biens qu'il ne peut plus conserver, ce qui donne à sa Donation le caractere de Donation pour cause de mort, encore plus qu'à celle faite par un malade.

De même que la Donation faite par un malade, de la vie duquel on désespéroit, ne laisse pas suivant l'opinion que nous avons embrassée, d'être reputée pour cause de mort, quoique contre toute attente il ait recouvré la santé; de même on peut dire que la Donation faite par un novice ne laisse pas d'être reputée Donation pour cause de mort, quoique depuis il ait quitté l'habit. Car, il suffit que lors de la Donation il ait donné dans la persuasion qu'il devoit faire profession, quoique des accidens imprévus l'ayent fait depuis changer de volonté.

On a demandé si la Donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation, doit être reputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement? Il faut dire que non. Car, si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent: s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa Donation dans la persuasion qu'il seroit condamné, & qu'il ne pourroit plus long-temps conserver les choses par lui données. Car, une personne qu'on suppose innocente doit être, par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation. Il y auroit plus de difficulté si la Donation avoit été faite depuis une condamnation capitale, & que le donateur fût mort pendant l'appel. Néanmoins on devroit encore en ce cas le présumer innocent; & ses héritiers qui attaqueroient la Donation auroient mauvaise grace & ne seroient pas recevables à le supposer coupable. Mais en le supposant innocent, ne pourroit-on pas présumer que l'erreur des témoins qui auroient déposé contre lui & la Sentence intervenue sur cette erreur l'auroient tellement découragé, quoiqu'innocent, qu'il désespérât de son absolution, & qu'en conséquence un homme dans ces circonstances ait donné ses biens dans la persuasion qu'il ne pourroit les conserver & qu'il seroit condamné, ignorant qu'il n'étoit pas permis d'en disposer en fraude de la confiscation; cela doit beaucoup dépendre des circonstances. Il y auroit d'autant plus lieu de le présumer, si la Donation étoit considérable & faite sans réserve d'usufruit. On ne devroit pas au contraire présumer cette intention, si la Donation étoit modique, ou faite avec reserve d'usufruit.

Si le donateur, depuis la Donation a été absous, on présumera encore

plus difficilement qu'il ait donné, dans la persuasion qu'il seroit condamné, & par conséquent la Donation sera encore plus difficilement reputée pour cause de mort. Néanmoins, s'il avoit donné tout son bien, ou la plus grande partie, sans la reserve d'usufruit, il y auroit lieu de présumer que le trouble, la frayeur, le découragement dans lequel même un innocent peut tomber, auroit donné lieu à la Donation, & sa cause seroit très-favorable s'il demandoit, sous ce prétexte, la révocation de sa Donation.

Si le donateur a été depuis condamné, la Donation ne sera pas valable par une autre raison, qui est, qu'un accusé ne peut donner en fraude de la confiscation.

On a agité la question, si la disposition des Coutumes devoit être étendue aux Donations faites à la veille d'un grand danger, comme par un homme qui est sur le point de se faire tailler? Je pense que non. Car ce n'est pas la crainte seule du danger de la mort, mais c'est la persuasion qu'on n'en échapera point, qui selon l'esprit des Coutumes ôte aux Donations le caractere de Donations entre-vifs, en empêchant qu'on ne puisse dire que le donateur préfere le donataire à soi-même, à l'égard des choses qu'il sait ne pouvoir plus conserver. Or, une personne qui va se faire tailler n'est pas dans ces circonstances, elle est au contraire présumée prendre ce parti dans lespérance de la guérison, & non pas par le motif de finir une vie douloureuse; car ce motif étant contraire au droit naturel qui nous ordonne la conservation de notre vie, on ne doit pas le présumer.

On doit décider par la même raison qu'une femme dans sa grossesse, quelque voisine qu'elle soit du terme, n'est pas incapable de donner entre-vifs; car quoiqu'elle coure un danger notable de mort, elle conserve une parfaite santé & espere une heureuse délivrance, & par conséquent elle ne regarde pas les choses qu'elle donne comme des choses qu'elle ne pouvoit plus conserver; il en seroit autrement si, lors de la Donation, la grossesse se trouvoit accompagnée d'accidents extraordinaires qui conduisissent la femme au tombeau.

Un, homme quelqu'âgé qu'il soit, fût-il centenaire, n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade, car quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espere toujours au moins quelques années de vie, & est souvent autant & plus attaché à ses biens qu'il espere conserver pendant le reste de sa carriere, que ne le feroit un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfere le donataire à soi-même, & par conséquent il peut faire des Donations qui ayent le caractere de Donations entre-vifs.

ARTICLE II.

Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des Donations entre-vifs

§. I.

Des Etrangers.

Non-seulement les François, mais les Etrangers, sont capables de recevoir des Donations entre-vifs; & en cela, les Donations different des legs, & la différence est fondée sur ce que les Donations entre-vifs sont du droit des gens, auquel les Etrangers participent; au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les Citoyens.

§. II.

Des Mineurs & Interdits.

Les mineurs & interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de Donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, & ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs & curateurs; car l'interdiction sous laquelle ils sont, & la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs & curateurs n'étant requise que pour leur subvenir & empêcher qu'ils ne dissipent ce qui leur appartient, cette interdiction & le défaut de cette autorisation ne doivent pas les empêcher d'acquérir & de faire leur condition meilleure, en acceptant les Donations qui leur sont faites. De-là la maxime de Droit : *Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest.*

Il y a plus de difficulté à l'égard des fous & des enfans, parce que la donation entre-vifs étant une convention, demande le consentement du Donataire; or, ces personnes n'ayant pas l'usage de la raison, ne sont pas capables de donner leur consentement.

Il ne faut pourtant pas en conclure que ces personnes sont incapables de recevoir des Donations entre-vifs, mais seulement qu'elles ne peuvent les accepter par elles-mêmes; mais elles peuvent être acceptées par les personnes de leurs tuteurs ou curateurs, dont l'acceptation tient lieu de la leur; ainsi que nous le verrons en la Section suivante, à l'article de l'acceptation.

A l'égard des femmes mariées, elles ne sont pas plus capables de recevoir des Donations, sans l'acceptation & l'autorisation de leurs maris, que d'en faire, n'étant habiles à rien sans cela, en quoi elles different des mineurs; & la raison de différence est que le mineur n'a besoin

de l'autorisation de son tuteur que pour son intérêt, au lieu que l'autorisation du mari n'est pas requise pour l'intérêt de la femme, mais pour une raison toute différente, parce que la dépendance où elle est de son mari la rend inhabile à quelque acte que ce soit, si elle n'est autorisée.

§. III.

Des Religieux.

Les Religieux étant par leurs vœux de pauvreté incapables de rien posséder, sont par conséquent incapables de recevoir par Donation. Néanmoins ceux qui sont hors du Cloître, étant dans la nécessité d'avoir un pécule pour leur subsistance, peuvent recevoir des Donations de choses mobiliaires; mais leurs vœux de pauvreté qui subsistent, les rendent incapables de posséder des immeubles, & par conséquent de recevoir des Donations d'immeubles.

§. IV.

Des Communautés.

Les communautés & établissements, qui ne sont pas érigés par Lettres-Patentes du Roi enregistrées au Parlement, dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'art. 1er. de la Déclaration de 1749, qui n'a fait en cela que confirmer les anciennes Loix du Royaume, & par conséquent sont incapables d'aucune Donation, & les biens qui leur auroient été donnés peuvent être revendiqués par les enfants & héritiers présomptifs des donateurs, suivant les articles 9 & 10 de ladite Déclaration; & même à défaut d'héritiers qui les revendiquent, par les Seigneurs dont lesdits biens dépendent, qui en demeureront propriétaires incommutables, si les héritiers ne les reclament dans l'an du jour que les Seigneurs en auront été mis en possession, *art.* 11.

Il y a néanmoins quelques établissemens, tels que les Ecoles de charité, & autres mentionnés en l'art. 3. qui n'ont pas besoin de Lettres-Patentes, & qui sont capables de recevoir des Donations. Au reste, ces sortes d'établissements, ainsi que ceux qui sont confirmés par Lettres-Patentes, & généralement tous gens de main-morte, sont bien capables de recevoir des Donations, mais seulement de choses qu'il leur est permis d'acquérir. Mais leur étant défendu d'acquérir aucun héritage & rentes constituées, il s'ensuit qu'ils sont incapables de recevoir des Donations de pareilles choses; ils peuvent seulement acquérir des rentes sur le Roi & sur les Communautés.

Il y a certains Couvents, tels que ceux des Capucins & Récollets, &c. qui sont incapables d'acquérir & de recevoir par Donation, même ces

sortes de choses, à cause d'une profession de pauvreté particuliere; ils peuvent néanmoins recevoir des Donations de choses mobiliaires, & de sommes d'argent modiques.

§. V.

Des Maris & Femmes, & des Héritiers présomptifs.

Les maris sont incapables de recevoir, durant le mariage, aucune Donation entre-vifs de leurs femmes, & les femmes de leurs maris. Les Loix en rapportent plusieurs raisons, & notamment les Loix 1 & 2. ff. *de Donat. inter vir. & uxor.* dont voici les termes: » *Moribus apud nos* » *receptum est, ne inter virum & uxorem Donationes valerent. Hoc autem* » *receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, Donationibus non* » *temperantes, sed profusâ ergà se facilitate. Nec esset eis studium, liberos* » *potiùs educendi. Sextus Cæcilius & illam causam adjiciebat: quia sæpè* » *futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset:* » *atque eâ ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. Add.* L. » 3. ff. *Cod.*

Il faut excepter de cette regle les Donations mutuelles, dans le cas auquel les Coutumes les permettent.

Avant le mariage, un homme est capable, ainsi que toute autre personne, de recevoir par le contrat de mariage des Donations entre-vifs de sa future femme, & la femme est capable d'en recevoir de son futur mari.

L'Edit des secondes nôces a néanmoins apporté quelques limitations à cette regle.

Non-seulement un mari est incapable de recevoir aucunes Donations entre vifs de sa femme durant le mariage, & la femme de son mari; mais les enfants que l'un deux a d'un précédent mariage, sont pareillement incapables de recevoir, durant le mariage, aucunes Donations de l'autre conjoint. Il y en a un Arrêt de Réglement de la Grand'Chambre, du 15 Février 1729, rendu en la Coutume de Senlis. La raison est, que les Coutumes défendent aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement. Or on peut dire que ma femme m'avantage en quelque façon indirectement lorsqu'elle donne à mes enfants; car comme nous ne travaillons & n'acquérons que dans la vue de transmettre nos biens à nos enfants, ce qu'on leur donne est censé donné à nous-mêmes. D'ailleurs, les raisons qu'a eues le Roi de défendre les Donations entre maris & femmes, se trouveroient éludées, s'il étoit permis de donner aux enfants de son mari, ou aux enfants de sa femme; car ne pouvant marquer mon amour pour ma femme en lui donnant à ellemême, je le lui pourrois marquer en donnant à ses enfants; ce qu'elle ne pourroit demander pour elle-même, elle le demanderoit pour ses enfants; & ainsi il arriveroit également, *ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emoretur maritalis concordia.* Ce que les Loix ont voulu empêcher.

Au reste, les Arrêts de Réglement n'ont décidé la question que pour les Coutumes qui n'ont pas à ce sujet de disposition; mais, dans la Coutume de Paris, qui porte: » Ne peuvent les conjoints donner aux enfants » de l'un l'autre d'un premier mariage, au cas qu'ils ou l'un d'eux aient des » enfants. » Il n'est défendu qu'au conjoint qui a des enfants de donner aux enfants d'un précédent mariage de l'autre. Celui qui n'en a point peut leur donner. C'est l'interprétation suivie par les Commentateurs.

Lauriere a tenté néanmoins d'en donner une autre, & il pense qu'il est défendu par cet article indistinctement de donner aux enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint.

La prohibition de donner aux enfants de l'autre conjoint, ne s'étend pas aux collatéraux, quoique héritiers présomptifs du donateur.

Il y en a un Arrêt dans Soefve, qui a confirmé une Donation faite par un mari au frere de sa femme.

Dans les Coutumes d'égalité, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des Donations au préjudice des parts de ceux qui sont appellés avec eux à la succession du donateur.

Nous renvoyons ceci au Traité des Successions, au Chapitre du Rapport.

§. VI.

Des Concubines & des Bâtards.

Les concubines sont incapables de recevoir des Donations. Quelques Coutumes en ont des dispositions, comme Tours, le Grand Perche. Ce qui doit être pareillement observé ailleurs, & on l'a ainsi jugé.

La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs. Il est bien différent parmi nous de celui des Romains, qui étoit un vrai mariage, & qui ne différoit du mariage civil qu'en ce qu'il n'avoit pas certains effets civils; mais qui d'ailleurs étoit un vrai mariage, sinon autorisé, au moins permis expressément par les Loix. *Concubinatus à lege nomen assumpsit.* Mais nos Loix n'admettant d'autres mariages que ceux faits avec les solemnités requises pour ce contrat, il s'ensuit que le concubinage n'étant pas parmi nous un mariage, ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs; d'où il suit que tout ce qui sert à fomenter & entretenir cette union, comme sont les Donations entre concubinaires, doivent être reputées comme contraires aux bonnes mœurs, & par conséquent non valables.

Ajoutez que la raison, qui a fait défendre les Donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes; l'amour qui naît des unions illégitimes étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibition de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur. Car, qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme

homme qu'une concubine ? Les Histoires en fournissent une infinité d'exemples, tel que celui de Dalila à l'égard de Samson ; & celui des concubines du Roi Salomon.

Les héritiers du donateur doivent être admis après sa mort à la preuve de ce concubinage avec la donataire ; car envain ces Donations seroient-elles défendues, si la preuve du concubinage n'étoit pas admise. Il y a un Arrêt dans Soefve qui les y admet. Le Juge néanmoins doit à cet égard user de circonspection.

Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de Donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliments, & même lorsqu'on leur en a fait de considérables, l'usage est de ne les pas déclarer entiérement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.

Les bâtards adultérins & incestueux, étoient par le Droit Romain incapables de toutes Donations & legs, & même d'aliments. Par notre Droit, ils sont capables de Donations & legs d'aliments, mais incapables de toute autre Donation. A l'égard des autres bâtards, ils sont incapables seulement de Donations universelles ; mais ils sont capables de Donations de choses particulieres, quoique considérables. Ricard pense que l'incapacité des bâtards adultérins & incestueux, doit être étendue aux enfants de ces bâtards, tant parce qu'ils sortent d'une source infecte, que parce que ce seroit indirectement donner à leurs peres que de leur donner. Cette derniere raison n'a d'application que lorsque leur pere vit.

§. VII.

Des Juges, Officiers & Ministres de Justice.

Suivant les Loix Romaines, il étoit défendu aux Magistrats Romains, qui gouvernoient les Provinces, de recevoir aucunes Donations, si ce n'est des choses qui se mangent & se boivent, & en core il falloit que la quantité ne fût pas au-delà de ce qui peut se consommer en peu de temps. *Plebiscito continetur, ut nequis Præsidum munus, donum caperet : nisi esculentum, potulentumve, quod intrà dies proximos prodigatur. L. 18, ff. de offic. præsid.*

Par l'Ordonnance de Philippe le Long de l'an 1320, il est défendu aux Baillifs & Sénéchaux, à leurs femmes, leurs parents, & leurs commensaux, de recevoir dans leurs Provinces, pendant le temps de leur administration, aucunes Donations, si ce n'est des choses qui se mangent & se boivent ; ensorte que la valeur de ces sortes de choses, pour ce qu'ils en recevront, n'excede pas dans une semaine la valeur de dix sols parisis.

Cette incapacité n'a eu lieu que dans les temps où les Officiers n'étoient envoyés que pour un temps dans les Provinces. Depuis que les Offices ont été rendus perpétuels, il auroit été trop dur qu'un Officier eût été

perpétuellement privé du droit qu'ont les Citoyens de recevoir des Donations. C'est pourquoi leur incapacité a été limitée à ne pouvoir recevoir des Donations seulement des personnes qui ont des procès devant eux. C'est ce que porte l'Ordonnance d'Orléans, *art.* 43. qui défend aux Juges, Avocats & Procureurs du Roi, de recevoir des Parties plaidantes aucun présent, tel petit qu'il soit, même des vivres, à l'exception seulement du gibier pris dans les terres des Princes & Seigneurs qui le donnent.

La même Ordonnance, article suivant, défend aux mêmes personnes d'accepter gages, ou pensions des Seigneurs & Dames du Royaume, ni de prendre bénéfices des Evêques, Abbés & autres Collateurs, étant dans leur ressort ni pour eux, ni pour leurs enfants, parents & domestiques.

Les mêmes défenses sont faites par l'Ordonnance de Moulins, art. 19 & 20. Celle d'Orléans ne parle que des Juges Royaux; celle de Moulins fait ces défenses indéfiniment à tous les Juges.

L'article 114. de l'Ordonnance de Blois, défend en général à tous Officiers de recevoir de ceux qui auroient affaire à eux, aucuns dons & présents sous peine de concussion.

Duret, en ses remarques sur cet article, prétend qu'il déroge tacitement à l'exception faite par l'Ordonnance d'Orléans, qui permettoit aux Juges de recevoir des Princes & Seigneurs, du gibier pris dans leurs forêts. Je ne pense pas néanmoins qu'on puisse regarder comme concussionnaire un Juge qui auroit reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, & qui n'enrichit pas celui qui le reçoit; ce n'est pas, à proprement parler, un don, mais une politesse que ce Prince ou ce Seigneur fait; & le Juge qui l'accepte doit être présumé l'accepter, non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne.

Il est défendu pareillement aux Clercs des Greffes, de recevoir des Parties aucunes choses, quand il leur seroit volontairement offert, à peine de punition exemplaire à leur égard, & de privation d'office pour le Greffier qui l'auroit souffert. *Ordonnance d'Orléans*, *art.* 77.

La même Ordonnance, *art.* 79. fait de pareilles défenses aux Substituts du Procureur du Roi.

Il est aussi défendu par la même Ordonnance aux Elus, Receveurs, & autres Officiers des Tailles, de recevoir des sujets du Roi aucun don, soit en argent, gibier, volaille, &c.

§. VIII.

Des Tuteurs, Administrateurs & autres, qui sont incapables de recevoir des Donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir.

L'Ordonnance de 1539, *art.* 131. déclare nulles toutes les Donations entre-vifs & testamentaires, faites au profit des tuteurs & autres administrateurs.

L'Ordonnance de 1549 ajoute, ou à toutes personnes par eux interposées.

La Coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, *art.* 276, que les mineurs & autres sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester directement ni indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, & jusqu'à ce qu'ils ayent rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendants qui auroient eu la tutelle de leurs enfants, pourvu qu'ils ne soient pas remariés.

Il suit de cet article de la Coutume de Paris qui doit être regardé comme la véritable interprétation de l'Ordonnance.

1°. Que les administrateurs que l'Ordonnance rend incapables de recevoir des Donations & legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne, ou les biens des donateurs, ce qui résulte des termes de cette Coutume, *& autres personnes étant sous la puissance d'autrui.* Un Maître peut donc donner à son intendant, quoiqu'il soit administrateur de ses biens; car cet intendant n'a pas autorité sur son Maître; c'est plutôt son Maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes, qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée, & que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2°. Un conseil de tutelle, un subrogé tuteur, ou tuteur aux actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne, ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'Ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs, qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la Coutume de Paris, interprête en ce point de l'Ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur étoit de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourroit être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire, qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur. Car c'est principalement à cause du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur qu'un tuteur est incapable de recevoir des Donations entre-vifs, ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussi-tôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3°. Quoique l'Ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs & administrateurs, sans en excepter aucuns, néanmoins la Coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'Ordonnance, quoiqu'en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendants qui ont la tutelle & administration de leurs enfants. La raison sur

laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les Coutumes qui n'en ont pas des dispositions, est que la piété paternelle exclut dans ces personnes tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfants, en extorquant d'eux des Donations ou legs, le vœu naturel des peres étant plutôt de transmettre & faire passer leurs biens à leurs enfants, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfants.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un pere a sur ses enfants le rendoit incapable de recevoir des Donations de ses enfants, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, & durant toujours, il s'ensuivroit qu'un pere feroit perpétuellement incapable de recevoir des Donations de ses enfants.

Néanmoins comme les seconds mariages ont coutume de diminuer l'affection paternelle, la Coutume n'excepte que les parents qui ne sont pas remariés.

Cette exception, en faveur des ascendants, ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seroient héritiers présomptifs de ceux dont ils auroient le gouvernement & l'administration.

4°. La Coutume donne encore une interprétation favorable à l'Ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs & administrateurs dure même après la majorité, & la tutelle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parce que le tuteur, qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par-là encore indirectement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux Loix Romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur & sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décide que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entiérement quitte du compte qu'il doit rendre de son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat? On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de Droit au titre *de conditionib. & demonst.* qui décident que la condition de rendre compte, renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité. Car le mineur, étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, & demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès-lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur qui n'étoit fondée que sur cette raison. Autrement il faudroit dire que tous créanciers sont dans la dépendance de leurs débiteurs, & que tous débiteurs sont incapables de recevoir des Donations de leurs créanciers; ce qui est tout-à-fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat & de la remise des piéces, par argument de l'Ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme.

5°. Ce que la Coutume décide, qu'on ne peut donner aux enfants des administrateurs, est encore une interprétation de l'Ordonnance; car l'affection que les peres ont pour leurs enfants, fait que ce qui est donné aux enfants, est censé donné aux peres. *Quod donatur filio videtur donatum patri;* & il n'y auroit pas moins à craindre que l'administrateur ne pouvant se faire donner à lui-même, extorquât des Donations pour ses enfants, qu'il y auroit à craindre qu'il en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en étoit laissée, les peres ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfants, que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfants de l'administrateur, ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur pere, à qui, ce qui leur seroit donné, paroîtroit indirectement donné; il s'ensuit que si leur pere vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser; *quasi remoto impedimento.*

Les Donations faites aux enfants des tuteurs, ou administrateurs, étant réprouvées, lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même; il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari, ou aux ascendants du tuteur ou administrateur, doivent par la même raison être réprouvées; car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même.

6°. C'est encore par une interprétation de l'Ordonnance, que la Coutume a compris les pédagogues sous le terme général d'autres administrateurs, dont l'Ordonnance s'étoit servie; car les pédagogues ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des éleves & disciples, ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire qu'en ont les tuteurs & curateurs, & par conséquent ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs éleves & disciples.

On doit entendre par Pédagogue, un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un Régent de college; on y doit comprendre aussi les Colleges où les jeunes gens sont pensionnaires, les Communautés de Filles, où l'on met les jeunes filles pour les instruire & les élever.

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des personnes majeures, qui sont volontairement pensionnaires dans une Communauté. Les Supérieurs ou Supérieures d'une Communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes qui ne sont pas dans leur dépendance, & qui ont la liberté de quitter la Communauté, s'ils le jugent à propos. Néanmoins la Cour ne laisse pas de réduire les Donations faites par ces personnes à la Communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paroissent trop considérables. Arrêt du 11 Juillet 1713, rapporté au sixieme Tome du Journal.

Des Maîtres ou Maîtresses sont aussi à l'égard de leurs apprentifs, des especes de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un Arrêt à l'égard d'un apprentif Apothicaire. Il en est autrement des Professeurs publics, tels que sont ceux du College

Royal de Paris, & ceux des Facultés supérieures de Théologie, de Droit & de Médecine, l'état de ces Professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques, à qui veut les entendre, & ne leur donnant aucun gouvernement, ni aucune inspection sur les personnes de leurs éleves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de Pédagogue, ni être renfermés sous la prohibition de la Coutume.

7°. La Jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'Ordonnance & de la Coutume, à plusieurs autres especes de personnes, Sçavoir :

1°. Aux Directeurs, Confesseurs. L'empire que ces personnes acquierent ordinairement sur l'esprit de leurs penitents, & beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension.

Lorsque le Confesseur est un Religieux ou Membre de quelque Communauté, le Couvent ou la Communauté dont il est membre, & celles du même Ordre, sont incapables de recevoir des Donations des pénitents de ce Confesseur ; car il y a également à craindre qu'il n'abuse de l'empire qu'il a sur l'esprit de son pénitent, pour extorquer quelque Donation au profit de cette Communauté, comme il y a lieu de craindre qu'un Confesseur n'en extorque pour lui-même, les Religieux étant ordinairement aussi portés pour les intérêts de leur Communauté, que les Séculiers le sont pour leurs propres intérêts.

2°. Un semblable motif a fait étendre la disposition de l'Ordonnance aux Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, Empyriques, Opérateurs qui ont entrepris une cure. Toutes ces personnes sont incapables de recevoir aucunes Donations ni legs de leurs malades, lesquels pour avoir la guérison, n'osent rien refuser à ces personnes, desquelles ils s'imaginent pouvoir l'obtenir. La Jurisprudence est en cela conforme aux Loix Romaines. *L. 9. Cod, de Prof. & Med.*

3°. Par un semblable motif, on a étendu la disposition de l'Ordonnance aux Procureurs, & on les a jugés incapables de recevoir aucunes Donations ni legs de leurs clients. Au reste, pour que ce motif reçoive application, je pense qu'il faut, pour qu'un Procureur soit incapable de recevoir des dons & legs de son client, que l'affaire qu'il a entre les mains, soit une affaire embarrassée, & dans laquelle il s'agisse de toute la fortune, ou d'une partie considérable de la fortune du client ; ce qui met dans ce cas le client dans sa dépendance, qui, pour sortir d'une affaire importante, qui est entre les mains de son Procureur, n'oseroit rien lui refuser. Si l'affaire étoit de peu d'importance, & très-simple par elle-même, alors le motif de l'Ordonnance ne paroîtroit pas recevoir d'application.

A l'égard des Avocats, il y en a qui pensent que la noblesse de leur profession doit écarter d'eux tout soupçon de vue intéressée, & par conséquent qu'ils ne doivent pas être incapables de recevoir des Donations de leurs clients. Néanmoins Ricard pense que les Avocats doivent être incapables de recevoir des Donations de leurs clients aussi-bien que les Procureurs. Mais il ajoute que les uns & les autres ne sont pas incapables d'en recevoir par testament, parce que le temps de la maladie,

auquel se font ordinairement les testaments, est un temps auquel l'empire que pourroient avoir l'Avocat & le Procureur cesse, pour céder la place à celui du Medecin.

L'incapacité des Confesseurs, Médecins, Procureurs, & autres semblables personnes, n'étant établie par aucune Loi, comme l'est celle des tuteurs & administrateurs, mais seulement sur la Jurisprudence des Arrêts, il s'ensuit que cette incapacité ne doit pas être si strictement interprêtée.

C'est pourquoi, lorsque les Donations & legs faits à ces sortes de personnes sont modiques, & n'excedent pas les bornes d'une juste reconnoissance, ils doivent subsister.

Lors même qu'ils sont plus considérables, s'il paroît des motifs probables qui aient pu porter le donateur à les faire, ils doivent subsister, comme si cette personne étoit le proche parent; par exemple, si ce Confesseur, ce Médecin, &c. étoit un petit neveu du défunt, que le défunt ait rappellé à sa succession. Ceci doit néanmoins dépendre des circonstances.

Au reste ces personnes sont incapables, ainsi que celles énoncées dans la Loi, non-seulement des avantages indirects qui leur seroient faits à eux-mêmes; mais même de ceux qui de leur vivant seroient faits à leurs femmes, enfants, ou ascendants.

§. IX.

En quel temps se considere la Capacité pour recevoir la Donation, & si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus.

Les Donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire, & la capacité de donner dans la personne du donateur, & la capacité de recevoir dans celle du donataire.

De-là il suit que le néant n'étant capable de rien, & étant avant toute chose nécessaire d'exister, pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune Donation à celui qui, lors de la Donation, ne seroit pas encore conçu; car puisque, lors de la Donation il n'existoit pas, il ne pouvoit pas alors être capable de recevoir la Donation.

La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention, a fait excepter de la regle les Donations qui s'y font. C'est pourquoi, si on donne par contrat de mariage aux enfants qui naîtront de ce mariage, la Donation sera valable lorsque ces enfants viendront à naître, quoique, lors du contrat, ces enfants qui n'existoient pas encore, ne pussent être pour lors capables de Donations.

Il faut aussi observer, que lorsqu'une Donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le substitué existe lors de la Donation, il suffit qu'il existe & soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

La capacité est tellement nécessaire lors de la Donation, & dans le temps même de la Donation, que si j'ai donné à une personne à qui les Loix défendoient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, & que depuis que l'empêchement a cessé, j'aie ratifié la Donation, elle ne sera pas valable, parce que, ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une Donation faite par une femme à la mere de son mari, dans une Coutume qui défend de donner à son mari, & aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, & par conséquent dans un temps auquel la donataire avoit cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet Arrêt est dans Soefve C. 11. 39.

Que si la ratification étoit revêtue des formes nécessaires pour une Donation, elle vaudroit, non comme une ratification, mais comme une nouvelle Donation.

ARTICLE III.

Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

C'est un droit général, qu'on peut donner tous ses meubles & acquêts. Les Coutumes sont différentes à l'égard des Propres. Celles de Paris & d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non-seulement tous les meubles & acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfants, si le donateur en a.

D'autres Coutumes permettent seulement de disposer par Donation entre-vifs d'une partie des héritages propres. Par exemple, la Coutume de Blois ne permet de donner entre-vifs que la moitié des propres.

Dans cette variété de Coutumes, c'est celle du lieu où les héritages propres sont situés qui doit décider; car les Loix qui défendent l'aliénation des choses, ayant pour objet les choses, sont des statuts réels, qui n'ont d'empire que sur les choses situées dans leur territoire.

Cette disposition des Coutumes, qui défend de donner entre-vifs une certaine portion des propres, étant faite en faveur des héritiers présomptifs du donateur, qui sont de la ligne d'où ces propres procedent, il s'ensuit que la Donation, qui auroit été faite du total desdits propres, ou d'une partie plus grande que celle dont il est permis de disposer, n'est nulle pour l'excédent qu'en faveur desdits héritiers de la ligne, & que par conséquent, il n'y a qu'eux qui puissent en demander le retranchement & en opposer la nullité. Nous parlerons ailleurs de ce retranchement.

SECTION II.

SECTION II.

Des formes des Donations Entre-vifs, & par quels actes doivent-elles être faites

Les formes que nos Loix exigent pour la validité des Donations entre-vifs d'immeubles, sont :

1°. La Solemnité de l'acceptation.
2°. La Tradition.
3°. L'Irrévocabilité.
4°. L'Insinuation.
5°. Il est encore de la forme des Donations qu'elles ne puissent être faites que par acte devant Notaire.

ARTICLE PREMIER.

Il faut distinguer entre l'acceptation & la solemnité de l'acceptation.

L'acceptation, qui n'est autre chose que le consentement donné par le donataire à la Donation, n'est pas une simple forme requise par le Droit civil pour la validité de la Donation. Cette acceptation constitue l'essence même de la Donation, qui, étant une convention entre le donateur & le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties. *Conventio (enim) est duorum in idem placitum consensus.*

La solemnité d'acceptation est l'expression qui doit être faite par l'acte de Donation de l'acceptation du donataire. Cette expression est une pure solemnité requise par nos Loix, & qui ne le seroit pas, si les Donations eussent été laissées dans le pur droit naturel, suivant lequel l'acceptation, quoique non exprimée, quoique tacite & désignée de quelque maniere que ce fût, auroit été valable.

Il suit de cette distinction, que quoique dans toutes les autres conventions, l'acceptation soit suffisamment signifiée par la présence des parties à l'acte, ou par leur signature; néanmoins dans les Donations où cette acceptation doit être expresse, & est requise comme une formalité, la présence du donataire, la signature à l'acte de Donation, ne seroient pas une acceptation suffisante. C'est la disposition de l'art. 6. de l'Ordonnance de 1731.

Il en est de même de toutes les autres circonstances dont on voudroit induire l'acceptation, quand même le donataire seroit, en conséquence de la Donation, entré en possession de la chose donnée, cela ne suppléeroit pas à la solemnité de l'acceptation.

Il n'eſt pas néceſſaire au reſte que l'acte qui contient l'acceptation du donataire, ſoit le même acte par lequel le donateur a déclaré qu'il donnoit. Quoique ces deux actes n'en contiennent proprement qu'un, néanmoins ils peuvent être faits par chartes différentes, & à différents temps l'un de l'autre.

Il falloit pourtant, par l'Ordonnance de 1539, *art.* 133. que l'acte contenant l'acceptation fût fait en la préſence des donateurs & Notaires. Mais, par la Déclaration de 1549, l'acceptation peut être faite, même hors la préſence du donateur; ce qui peut ſe faire, ou au pied de l'acte de Donation, ou même par chartes tout-à-fait ſéparées. Mais en ce cas il faut, ſuivant ladite Déclaration, que l'inſtrument de la Donation ſoit inſéré dans l'acte qui contient l'acceptation.

De ce que la Donation & l'acceptation peuvent être faites par différentes chartes, & à différens temps, naît la queſtion de ſçavoir ſi une Donation, ayant été faite ainſi, ſera cenſée valable du jour de l'acte de Donation, ou ſeulement du jour de l'acceptation. Il faut dire qu'elle ne ſera valable que du jour de l'acceptation. L'Ordonnance de 1539 le dit en termes exprès: » Celles qui ſeront faites en l'abſence des donataires, » les Notaires ſtipulants pour eux, commenceront leur effet du temps » qu'elles ſeront acceptées. »

La raiſon en eſt évidente. La Donation ne reçoit ſa perfection que par l'acceptation, elle ne peut être valable que de ce jour-là. La Donation, avant qu'elle ſoit acceptée, n'eſt encore qu'un projet, & n'eſt pas encore Donation, puiſque, qui dit Donation entre-vifs, dit Convention, & qu'il ne peut y avoir de convention ſans acceptation.

De-là il ſuit que le donateur peut avant l'acceptation changer de volonté; car n'y ayant juſques-là proprement qu'un projet qui n'eſt pas effectué, & dont il n'eſt encore né aucun droit, ni formé, ni informe, au profit du donataire, qui ne peut réſulter que de ſon acceptation; il s'enſuit qu'il peut changer de volonté, car on ne peut pas lui oppoſer que: *Nemo mutare poteſt conſilium in alterius injuriam;* car il répondra que; *mutando conſilium nemini facit injuriam, cum ex ipſius propoſito nemini fuerit jus acquiſitum.*

L'Ordonnance, *art.* 14, décide donc avec raiſon que les mineurs & autres privilégiés, ne peuvent être reſtituables, même ſous prétexte de l'inſolvabilité de leurs tuteurs, contre le défaut d'acceptation d'une Donation qui leur auroit été faite par quelqu'un qui ſeroit mort depuis, ou auroit changé de volonté. Car ces perſonnes n'ayant pu acquérir aucun droit que par l'acceptation qui n'eſt pas intervenue, il n'y a aucun droit que la reſtitution puiſſe leur rendre: le donateur en changeant de volonté, n'ayant fait que retenir ce qui n'avoit pas ceſſé d'être à lui, & uſer de la liberté naturelle qu'ont tous les hommes de changer de volonté, ne leur a fait aucun tort qui leur donne lieu de pouvoir ſe pourvoir contre lui par la reſtitution. Mais en ce cas, le mineur peut prétendre contre ſon tuteur l'eſtimation de ce qu'il a manqué d'acquérir par la négligence qu'a eu ſon tuteur d'accepter la Donation, avant que le donateur eût changé

de volonté. Car quoique le mineur n'ait jamais eu aucun droit qui résultât de cette Donation, & qu'il n'ait en conséquence rien perdu, il suffit qu'il ait manqué d'acquérir par la négligence de son tuteur, pour qu'il en soit tenu envers lui.

Il suit de-là que si le tuteur avoit lui-même fait la Donation à son mineur, il ne pourroit opposer le défaut d'acceptation. Car si la Donation est nulle faute d'acceptation, il est en sa qualité de tuteur responsable de n'avoir pas fait créer un curateur à son mineur pour l'accepter.

De ce que la Donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que par l'acceptation de la Donation la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypotheques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation & de l'acceptation & avec toutes les autres charges qu'il y auroit imposées.

Il n'est pas douteux que la Donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auroient acquis quelque droit dans la chose donnée; mais lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet retroactif au temps de la Donation : par exemple, à l'effet que, si on m'a donné un héritage avant mon mariage, & que je n'aie accepté la Donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté. On dira pour l'affirmative que l'acceptation que je fais, est une ratification de celle que le Notaire stipulant pour moi avoit deja faite, en recevant l'acte qui contient la Donation. Or dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié. Au contraire pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui auroit toutes ses formes & auquel il ne manqueroit que le consentement de la personne qui le ratifie; cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte. On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie un effet rétroactif, en supposant que dès le temps de l'acte elle a voulu & consenti à tout ce qui a été fait en son nom. Mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain diroit-on que le donataire en acceptant depuis, est censé dès le temps de la Donation avoir voulu & avoir accepté ce que le Notaire a stipulé pour lui. Car on répondroit qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la Donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, & qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue.

C'est pour cela que l'Ordonnance, *art.* 5. déclare de nul effet les acceptations de Notaires stipulants pour les absents; & défend aux Notaires de faire ces stipulations dans les Donations.

De ce que la Donation ne commence avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'Ordonnance a bien décidé en ordonnant qu'elle devroit l'être du vivant du donateur. Car la Donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le

donateur eſt reputé avoir donné & conſommé ſa Donation; d'où il ſuit qu'il faut qu'il ſoit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on eſt mort. La Donation étant une convention, elle ſe forme par le concours des volontés du donateur & du donataire. L'acceptation qui ſe fait du vivant du donateur forme ce concours, parce que le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, eſt préſumé perſévérer toujours dans la volonté de donner qu'il avoit déclarée auparavant; mais l'acceptation qui ſe fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours, puiſqu'un mort n'a plus de volonté.

Il ſuit de ces principes que l'acceptation ne peut ſe faire, non-ſeulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'uſage de la raiſon, ou que, ſans l'avoir perdu, il eſt devenu d'ailleurs incapable de donner; car on ne peut plus ſuppoſer, lors de l'acceptation, le concours des volontés du donateur & du donataire, néceſſaire pour former la Donation, ſi, dans ce temps, le donateur eſt incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, ſeroit-il ſuppoſé perſévérer dans la volonté de donner, ſi, dans ce temps, il étoit incapable de donner. Par exemple, s'il étoit lors interdit; s'il étoit lors marié à la perſonne du donataire. Car comme c'eſt dans ce temps que ſe forme la Donation, & qu'elle reçoit ſa perfection, il eſt clair que c'eſt dans ce temps que la capacité de donner eſt requiſe.

C'eſt encore une ſuite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut ſe faire que du vivant du donateur, elle ne peut ſe faire que du vivant du donataire, par lui-même, ou par ſon Procureur, & que ſon héritier ne peut pas, après ſa mort, accepter la Donation, comme l'a mal-à-propos avancé Lalande. Cela ſuit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce ſoit la même perſonne à qui le donateur veut donner, qui veuille accepter la Donation. Lorſque c'eſt l'héritier qui accepte la Donation, ce n'eſt pas la perſonne à qui le donateur veut donner, puiſque le donateur n'a penſé qu'au défunt, & non pas à ſon héritier. Le concours néceſſaire des deux volontés, pour former la Donation, ne ſe trouve donc pas. En vain diroit-on que l'héritier repréſente le défunt, & eſt cenſé la même perſonne que lui. Car cela n'eſt vrai qu'autant que l'héritier a ſuccédé aux droits du défunt; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avoit aucun droit réſultant de la Donation, puiſque ce n'eſt que par l'acceptation qu'il pouvoit en acquérir. Il n'a donc pu en tranſmettre aucun à ſon héritier à cet égard, & par conſéquent ſon héritier ne peut pas à cet égard le repréſenter, ni accepter la Donation.

Il ſuit encore de nos principes, que le donateur doit être capable de recevoir des Donations lors de l'acceptation; car, puiſque c'eſt proprement dans ce temps que la Donation ſe forme, c'eſt auſſi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité.

Doit-on toujours conclure de-là que ſi le donataire, dans le temps intermédiaire de la Donation & de l'acceptation, devenoit le Médecin

ou le Procureur du donateur, la Donation ne seroit pas valable? Je pense que non. Car l'incapacité du Médecin, des Procureurs & des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue & prononcée par la Loi, mais une incapacité improprement dite, & qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes, que cette Donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse, & qu'il paroît que le donateur s'étoit porté à la Donation, avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvoit lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur.

Nous avons à présent à voir par qui l'acceptation peut être faite. Elle peut se faire, ou par le donataire lui-même, ou par son Procureur, soit spécial, soit général. *Ordonnance de* 1731, *art.* 5. Par son tuteur, par son curateur, ou autre administrateur.

Une acceptation faite par toute autre personne qui n'auroit pas de mandat, & qui déclareroit se porter fort pour le donataire absent, ne seroit pas valable, & la Donation ne vaudroit que du jour de la ratification expresse qu'en feroit le donataire par un acte devant Notaire, dont il doit rester minute. *Ordonnance de* 1731. *art.* 5.

L'acceptation contenant un consentement, il s'ensuit que les enfants & les fous, à qui une Donation est faite, ne peuvent pas l'accepter par eux-mêmes, mais leurs tuteurs ou curateurs peuvent l'accepter pour eux. *Ord. de* 1731. *art.* 7.

Il est même permis par ledit article, au pere & à la mere du donataire mineur ou interdit, quand même ils n'auroient pas la qualité de tuteurs ou curateurs, & même aux autres ascendants, quoique du vivant du pere & de la mere du donataire, d'accepter, pour le donataire mineur ou interdit, la Donation qui lui est faite, ainsi que le pourroit faire un tuteur.

L'Ordonnance, en permettant à ces personnes d'accepter les Donations faites aux mineurs & interdits, n'exclud pas les mineurs & interdits, qui ont l'usage de la raison, tels que sont les interdits pour cause de prodigalité, & les mineurs *puberes*, ou voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les Donations qui leur sont faites.

Il est évident aussi que les Communautés, ne pouvant consentir par elles-mêmes l'acceptation des Donations qui leur sont faites, cette acceptation doit être faite par les personnes préposées à la gestion des affaires de ces Communautés, comme par exemple, par un Syndic. Si la Donation est faite à un hôpital, elle sera acceptée par les administrateurs; si elle est faite pour la fondation de quelque Service Divin dans une Paroisse, ou pour la subsistance des pauvres, l'acceptation sera faite par les Curés & les Marguilliers de ladite Paroisse. *Ordonnance de* 1731. *art.* 8.

Il nous reste à observer, touchant l'acceptation, qu'elle n'est nécessaire que pour les Donations directes. Les Donations fideicommissaires, quoique faites par un acte de Donation entre-vifs, n'ont pas besoin d'être acceptées par les personnes à qui elles sont faites, qui sont souvent, lors de l'acte, incertaines. C'est pourquoi, l'Ordonnance de 1731. *art.* 11. dit qu'elles

vaudront, en vertu de l'acceptation du premier donataire à qui la Donation directe a été faite, à la charge de leur restituer, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Lorsqu'une Donation est faite à quelqu'un & à ses enfants à naître, elle est censée faite directement à lui, & contenir un fideicommis au profit de ses enfants, & par conséquent son acceptation suffit, & rend la Donation valable, même à l'égard des enfants à naître.

Il en est de même, lorsqu'une Donation est faite aux enfants nés & à naître de quelqu'un. Les enfants nés sont les seuls donataires directs, & leur acceptation suffit. Ceux à naître sont censés appellés par forme de fideicommis, à mesure qu'ils naîtront, à une portion virile des choses données.

Les institutions contractuelles n'ont point besoin non plus d'acceptation.

Les Donations entre-vifs, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, ne sont pas sujettes à la solemnité d'acceptation. *Ordonnance de* 1731. *art.* 10. parce que la faveur des contrats de mariage fait dispenser de toute formalité les dispositions qui y sont contenues.

Enfin les Donations de meubles corporels, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont pas sujettes à aucune formalité, puisqu'on peut même n'en passer aucun acte.

Les Loix Romaines reconnoissoient une espece de libéralité qui obligeoit en certain cas le donateur, sans aucune convention avec le donataire, & par conséquent sans acceptation. C'est ce que les Loix appelloient *Pollicitation*, qu'on définit *solius offerentis promissum*. Ces pollicitations, lorsqu'elles étoient de quelque chose qui contînt quelque utilité publique, ou qui contribuât à la décoration d'une ville, étoient obligatoires, ou lorsqu'elles avoient eu un commencement d'exécution, ou même, sans cela, lorsqu'elles avoient été faites en conséquence de quelque honneur, ou Magistrature déférée à celui qui avoit fait la pollicitation. Voyez notre titre *de Pollicitationibus* dans nos Pandectes.

Ricard rapporte quelques Arrêts, par lesquels il paroît que ces pollicitations avoient été admises dans notre Jurisprudence; mais elles paroissent aujourd'hui rejettées par l'Ordonnance de 1731. *art.* 5. qui dit en termes formels que même les Donations faites en faveur de l'Eglise, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées. Car de ce que l'Ordonnance a déclaré qu'elle n'exceptoit pas de la nécessité de l'acceptation même la cause pie, on peut conclure que son esprit est de n'en excepter aucunes; & par conséquent de ne pas même en excepter celles qui auroient pour cause la décoration des villes, ou quelque utilité publique.

ARTICLE II.

De la Tradition & de l'Irrévocabilité.

Il est de principe dans notre Droit François sur la matiere des Donations entre-vifs que, *donner & retenir ne vaut*. Cette maxime est insérée dans plusieursCoutumes. *Paris*, *art.* 273. *Orléans*, *art.* 283.

Ces mêmes Coutumes donnent en même-tems l'explication de cette maxime : » C'est donner & retenir, quand le donateur s'est réservé la » puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il » demeure en possession jusqu'au jour de son décès. « *Paris*, *art.* 274. *Orléans*, 283. Deux choses sont donc requises, suivant cette maxime, pour la validité des Donations; la tradition de la chose donnée, & l'irrévocabilité parfaite. 1°. La Coutume établit la nécessité de la tradition, lorsqu'elle dit que c'est *donner & retenir, lorsque le donateur demeure en possession.*

La même Coutume d'Orléans dit ailleurs, *art.* 276. que la donation est valable, pourvu que, dès le temps du don, les donateurs se dessaisissent.

La raison pour laquelle notre Droit a requis, pour la validité des Donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité se fait assez appercevoir. L'esprit de notre Droit François incline à ce que les biens demeurent dans les familles, & passent aux héritiers. Leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumieres, le fait assez connoître.

Dans cette vue, comme on ne pouvoit justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, & par conséquent de donner entre-vifs, nos Loix ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît dès le temps de la Donation de la chose donnée, & qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possede, & l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner.

D'ailleurs, la parfaite libéralité qui fait que le donateur préfere le donataire à lui-même pour la chose donnée, est (comme nous l'avons dit) le caractere des Donations entre-vifs; or, c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des Donations entre-vifs.

§. I.

De la Tradition.

Les Coutumes sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solemnelle sous différents noms.

D'autres demandent une tradition réelle, & ne reconnoissent point pour valables les Donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la retention d'usufruit. Dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, les Donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle, soit qu'elle ait été seulement feinte.

On entend assez ce que c'est que tradition réelle; c'est lorsque je fais passer une chose mobiliaire de ma main en celle d'un autre dans la vue de lui en abandonner la possession, ou que, dans la même vue, je déloge d'une maison, ou d'un héritage, en faveur d'un autre qui y entre en ma place.

On appelle tradition feinte toutes les manieres de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose, sans qu'il intervienne de tradition réelle.

Par exemple, lorsque donnant un héritage à quelqu'un, je le retiens à titre de ferme ou de loyer, c'est une tradition feinte, parce que restant dans l'héritage, & sans qu'il intervienne par conséquent de tradition réelle, je ne laisse pas de faire passer à ce donataire la possession de l'héritage. En effet, comme nous possédons, non-seulement les choses que nous tenons par nous-mêmes, mais même celles que nous tenons par nos fermiers & locataires, & qu'un héritage n'est pas proprement possédé par celui qui le tient à ferme ou loyer, mais par celui de qui il est tenu à ce titre, il s'ensuit que le donateur en se rendant par une clause de la donation, le fermier, ou le locataire du donataire pour raison de l'héritage qu'il lui donne, sans sortir de l'héritage, il cesse de le posséder, & en transfere véritablement la possession au donataire.

Il en est de même de la clause de retention d'usufruit, soit dans un contrat de vente, soit dans un contrat de Donation. Car comme un usufruitier ne possede pas la chose dont il a l'usufruit, comme chose à lui appartenante, mais comme la chose d'autrui, il ne la possede pas en quelque façon, & c'est celui de qui il la tient à usufruit qui la possede par lui, d'où il suit que le vendeur ou donateur, en se rendant par cette clause l'usufruitier de la chose qu'il vend ou qu'il donne, il en transfere la possession à l'acquéreur, de qui il se reconnoît la tenir à titre d'usufruit.

Ces manieres, & autres semblables, de transférer la possession, sont appellées traditions feintes, parce qu'elles ne contiennent effectivement aucune tradition réelle. On la suppose seulement intervenue, parce qu'elles produisent le même effet de transférer la possession, que si elle étoit effectivement intervenue.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans, déclarent formellement qu'elles se contentent de ces traditions feintes pour la validité des Donations, lorsqu'elle

lorsqu'elles disent : » Ce n'est donner & retenir quand l'on donne la propriété » d'aucun héritage retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a » clause de constitut ou précaire, & vaut telle Donation? » *Orléans*, 284, *Paris*, 275.

On appelle clause de constitut, la clause par laquelle le donateur déclare tenir l'héritage du donataire, & n'en demeurer en possession que pour lui & en son nom, soit comme fermier, soit comme locataire, ou de quelque autre maniere que ce soit.

La clause du précaire est celle par laquelle le donateur ne retient l'héritage que précairement du donataire, c'est-à-dire, par grace, de sa part, & à la charge de le lui remettre toutes fois & quantes il le demandera.

Quand même il ne seroit pas dit expressément que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée; mais seulement que l'acquéreur n'entrera en jouissance que dans un certain temps. Ricard pense que c'est une retention d'usufruit jusqu'à ce temps.

La Coutume d'Orléans fait mention d'une autre espece de tradition feinte. Elle dit, *art.* 278, que la clause de dessaisine saisine devant Notaire de Cour laye équipolle à la tradition de fait, sans qu'il soit requis autre appréhension.

Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut 1°. que celui qui se dessaisit par cette clause soit véritablement en possession de l'héritage qu'il aliene; car on ne peut se dessaisir que de ce qu'on possede. 2°. Il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause. Car, si, nonobstant cette clause, le donataire souffroit que le donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause seroit de nul effet, & la donation seroit nulle, par la raison que, *donner & retenir ne vaut.*

Cette espece de tradition feinte, qui résulte de la simple clause de dessaisine saisine, est particuliere à notre Coutume d'Orléans. C'est pourquoi, pour qu'elle ait lieu, il faut non-seulement qu'il s'agisse d'héritages situés en la Coutume d'Orléans, mais il faut encore, selon Dumoulin, que l'acte y ait été passé, *dummodò sit facta Aureliæ*, (dit-il, en sa note sur l'art. 218, de l'ancienne Coutume dont celui-ci est tiré.) *Secùs si de terris sitis Parisiis.*

Il faut donc aussi, dans les autres Coutumes, à défaut de tradition réelle, quelque clause de retention d'usufruit, de constitut, de précaire, & la seule clause de dessaisine saisine ne suffit pas.

Il faut observer que, suivant Dumoulin, la tradition soit réelle, soit feinte, n'est nécessaire que dans les Donations pures & simples, & non dans les Donations qui sont suspendues par une condition, ni même dans celles dont, par la Loi apposée au contrat, l'exécution est transférée à un certain temps.

Il pense que ces sortes de Donations sont valables, & que le donateur n'est pas censé donner & retenir, quoiqu'il retienne la chose donnée jusqu'au temps marqué pour l'exécution. Car, selon lui, ce n'est *donner & retenir*, que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la Donation, & non pas lorsqu'il la retient en exécution de la Loi

même apposée à la Donation. Voici ces termes : en expliquant que donner & retenir ne vaut, il dit : *Hæc consuetudo intelligitur quandò fit contrarium Donationis, ut quia proprietas datur de præsenti; . . . . Secùs si datur post obitum quia interim non potest peti, nec potest tradi, & sic non retinetur datum.* Ce sentiment de Dumoulin ne paroît pas pouvoir être suivi en notre Coutume, qui porte expressément qu'il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse.

Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles, ni de possession, ni de tradition proprement dite ; néanmoins la Donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition, & ce qui équipolle à tradition à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la Donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit, & équipolle à tradition, suivant l'art. 108 de la Coutume de Paris, qui est suivi par-tout ; il s'ensuit que pour que la Donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la Donation.

Il faut avoir recours à la même espece de tradition, lorsque quelqu'un donne un héritage dont il n'a pas la possession ; comme en ce cas il ne peut y avoir lieu, ni à la tradition réelle, ni aux traditions feintes (dont il a été parlé ci dessus) dont l'effet est de transférer la possession de l'héritage, puisque le donateur, qui ne l'a pas lui-même, ne peut pas le transférer, la signification faite au possesseur de l'héritage par le donataire, de la Donation qui lui en est faite avec assignation pour le délaisser, tient lieu de la tradition du droit que le donateur avoit de le revendiquer, & rend valable la Donation qu'il en a faite.

Si la Donation est d'une somme ou d'une rente, dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire, une telle Donation n'est susceptible d'aucune tradition, & l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la Donation, suffit pour rendre sa Donation valable.

Il nous reste à observer sur la nécessité de la tradition que, suivant Ricard, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur lui-même, qui peut toujours être contraint à faire la délivrance & que ce défaut peut être opposé seulement par ses héritiers & par des tiers. Cela souffre difficulté en notre Coutume qui dit en termes très-généraux, que pour que la Donation soit valable, il faut que dès le temps du don, le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande sur l'art. 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte, le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur, à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que par notre Coutume conforme en cela à l'ancien Droit Romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire.

Il y a néanmoins des Jurisconsultes qui pensent que même dans la Coutume d'Orléans le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur, & que le donataire a action contre lui pour se faire livrer la chose qu'il lui a donnée ; que ces termes ; » pourvu que dès le temps du don

» le donateur se dessaisisse, » ne concernent que l'irrévocabilité essentielle aux Donations, & qu'ils signifient seulement que dès le temps du don le donateur ne doit plus être le maître de se repentir de sa Donation. Qu'au surplus il est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose, & que de même qu'on dit en droit que, *is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur*; de même on peut dire que celui qui a donné une action contre lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose, s'en est déjà comme dessaisi.

§. II.

De l'Irrévocabilité des Donations entre-vifs.

C'est le caractere essentiel & distinctif de la Donation entre-vifs d'être irrévocable. Car c'est ce qui la distingue de la Donation pour cause de mort; d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité, est un vice qui annulle la Donation entre-vifs, parce qu'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la Donation. Au reste il n'est pas contraire à la nature des Donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, & elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques-unes de ces conditions.

C'est en conséquence de l'irrévocabilité que nous disons être de l'essence des Donations entre-vifs, que les Coutumes, en expliquant la maxime *donner & retenir ne vaut*, disent que c'est donner & retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée. Car cette faculté qu'il se réserve d'en disposer, empêche que la Donation ne soit irrévocable, & par conséquent détruit sa nature & la rend nulle.

§. III.

Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition & de l'irrévocabilité des Donations entre-vifs.

Il suit de-là 1°. qu'on ne peut donner ses biens à venir; car cette Donation péche & par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore, & par le défaut d'irrévocabilité; car étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeureroit en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la Donation.

De-là il suit 2°. qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présens, ni quelque chose particuliere; car cette Donation péche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître, en faisant manquer la condition d'en anéantir l'effet.

De-là il suit 3°. qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite, cette Donation péche par le défaut d'irrévocabilité. Car le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, & de détruire entiérement l'effet de sa Donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera. *Ordonnance de* 1731, *art.* 16.

De-là il suit 4°. que si la Donation étoit faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la Donation ne sera pas à la vérité entiérement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'auroit pas usé de cette liberté & n'auroit contracté aucune dette. Car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa Donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, & par conséquent qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence. *Ordonnance de* 1731, *art.* 16.

Par la même raison, si quelqu'un avoit donné tous ses biens présens à quelqu'un, en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme, quand bien même il seroit dit expressément par l'acte que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeureroit comprise en la Donation, neanmoins la Donation seroit nulle jusqu'à concurrence de cette somme, parce qu'elle n'étoit pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme.

De-là il suit 5°. que l'Ordonnance de 1731 art. 15 a fort bien décidé que la Donation des biens présens & à venir, n'étoit pas valable, quand même le donataire auroit été mis en possession des biens présens. *Ordonn. de* 1731, *art.* 15. Parce que cette Donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle péche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par-là indirectement la liberté d'anéantir la Donation des biens, même présens, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présens.

La Jurisprudence, avant l'Ordonnance étoit contraire à cette décision, & on jugeoit que la Donation n'étoit nulle que pour les biens à venir, & que le donataire n'étoit pas chargé des dettes contractées depuis la Donation: Ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avoit pas, & non des biens présens. Arrêts des 24 Mai 1718, Janvier 1719, au septieme tome du Journal des audiences.

Mais le sentiment qu'a embrassé l'Ordonnance & qui est aussi celui de Ricard, paroît bien plus conforme aux principes. Car le donateur qui avoit donné ses biens présens & à venir, n'avoit pas entendu faire deux Donations, l'une de ses biens présens, à la charge de ses dettes présen-

tes, & l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracteroit. Mais il n'avoit entendu faire qu'une seule & même Donation, & par conséquent la charge de payer les dettes qu'il contracteroit, qui étoit inhérente à cette Donation, étoit dans l'intention du donateur une charge de tout ce qu'il donnoit des biens présens comme des biens à venir.

La Jurisprudence qui avant l'Ordonnance étoit contraire à cette décision, n'a été abrogée que pour l'avenir. C'est pourquoi on doit même encore aujourd'hui décider à l'égard des Donations des biens présens & à venir faites avant la publication de l'Ordonnance de 1731, qu'elles sont valables pour les biens que le donateur avoit lors de la Donation.

Lorsque quelqu'un fait Donation entre-vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette Donation, que le donateur n'en payera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, n'est pas contraire au caractere d'irrévocabilité que doivent avoir les Donations pour être valables. Car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a donnée. Elle lui donne seulement une exception que tout donateur avoit par les Loix Romaines. *Ne ultrà quàm facere potest exigatur.*

§. IV.

Exception à l'égard des Donations faites par contrat de mariage.

Les Donations faites par contrat de mariage aux conjoints, ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque personne que ce soit, ne sont pas sujettes aux regles établies dans les paragraphes précédens & ne peuvent être attaquées de nullité, faute de tradition ou d'irrévocabilité.

C'est pourquoi, 1°. l'Ordonnance de 1731 art. 17 décide que ces Donations peuvent comprendre les biens à venir, & que lorsque la Donation par contrat de mariage a été faite des biens présens & à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur en se chargeant de toutes les dettes, même postérieures à la Donation, ou de s'en tenir aux biens existans lors de la Donation, en se chargeant seulement des dettes & charges qui existoient audit temps.

2°. Elle décide que ces Donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur.

3°. Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera.

4°. Que le donateur peut dans ces Donations, se réserver la faculté de disposer de certaines choses, ou de certaines sommes & que lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la Donation. *Ordonnance de* 1731, *art.* 18.

ARTICLE III.

De l'Insinuation des Donations.

On appelle insinuation la description qui est faite de l'acte de Donation dans un registre public.

Par le Droit Romain, suivant les constitutions de Constantin & de Valentinien, les Donations, pour être valables, devoient être insinuées lorsqu'elles excédoient une certaine somme. Voyez notre Titre des Donations dans nos Pandectes.

Dans notre Droit François, la premiere Loi qui les y a assujetties, est l'Ordonnance de 1539. Elle a été confirmée en ce point par l'Ordonnance de Moulins, & enfin de nos jours par l'Ordonnance de 1731.

Le motif de ces Loix est, afin que ceux qui contracteroient par la suite avec le donateur, & ceux qui accepteroient sa succession, qu'ils croiroient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seroient des Donations.

§. I.

Quelles Donations sont sujettes à l'Insinuation ?

Toutes les Donations entre-vifs, quelles qu'elles soient, sont sujettes à l'insinuation.

L'Ordonnance de 1539, s'étant exprimée en termes généraux, on fit la question de sçavoir si les Donations rémunératoires étoient comprises dans la disposition de la Loi. La raison de douter étoit que ces Donations, que le devoir d'une juste reconnoissance engage le donateur à faire, ne sont pas proprement des Donations. Car, suivant Julien, une Donation n'est proprement une Donation, que lorsque quelqu'un donne sans avoir aucun sujet de donner, que celui d'exercer sa libéralité. *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti : & propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem & munificentiam exerceat. Hæc propriè Donatio appellatur. L. 1, ff. de Donationib.*

Cette question fut décidée par la Déclaration rendue en interprétation de l'Ordonnance de 1539, qui porte que toutes les Donations, encore bien qu'elles soient simples, ains rémunératoires, ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation.

L'Ordonnance de 1731, *art.* 20, porte aussi, que même les Donations rémunératoires doivent être insinuées.

Il y avoit peu lieu de douter que les Donations rémunératoires, qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dussent être sujettes à l'insinuation ; autrement il auroit été au pouvoir du Notaire &

des contractans, d'éluder quand ils voudroient la disposition de l'Ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause, qui, par la suite, seroit devenue de style, & auroit rendu la Loi sans effet.

Il y auroit plus de difficulté à l'égard des Donations qui seroient faites pour récompense de services certains, & désignés par l'acte de Donation. Néanmoins celles-ci sont aussi sujettes à l'insinuation, si les services, en récompense desquels la Donation a été faite, quoique constans, sont des services qui ne sont pas appréciables à prix d'argent, & pour lesquels le donataire n'auroit aucune action contre le donateur pour en être récompensé. Car, quoiqu'une Donation faite pour récompense de tels services, ne soit pas si parfaite que la Donation simple, néanmoins c'est toujours vraiment une Donation, puisque le donateur donne, sans qu'il soit besoin de donner. C'est ici, *liberalitas nullo jure cogente facta*.

Que si les services, en récompense desquels la Donation a été faite étoient, & constans, & appréciables à prix d'argent, mais que le prix desdits services fût inférieur en valeur à la chose donnée, ce seroit encore une Donation, qui, faute d'insinuation, seroit nulle, sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire payer du juste prix des services par lui rendus.

Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose donnée; en ce cas cette Donation rémunératoire n'en a que le nom, & quoique le Notaire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une Donation rémunératoire, mais une Dation en paiement, une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur pour le prix de ses services, & par conséquent un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation.

On a fait la même question à l'égard des Donations onéreuses, qu'à l'égard des Donations rémunératoires; c'étoit la même raison de douter. On disoit que ces Donations onéreuses ne sont pas proprement & parfaitement des Donations, étant du caractere de la Donation parfaite de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité. Néanmoins l'Ordonnance de Moulins assujettit en termes formels à l'insinuation les *Donations onéreuses*.

Cela doit s'entendre des Donations dont les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services & fondations, que l'Ordonnance de 1731, *art.* 20, déclare par cette raison être de vraies Donations sujettes à l'insinuation.

Quand même les charges seroient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore en ce cas une Donation qui pourra être annullée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire payer, s'il a accompli ces charges.

Que si les charges que le donateur a stipulées à son profit, sont charges appréciables, & dont le prix égale à peu près l'héritage donné, ce n'est pas une Donation, & par conséquent il n'est pas besoin d'insinuation. Cela a été jugé par Arrêt du 3 Avril 1716, au sixieme tome du Journal des Audiences, dans l'espece d'une Donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excédant pas le prix de cette charge.

On a douté si les Donations mutuelles avoient besoin d'insinuation. La raison de douter étoit que ces Donations n'en avoient que le nom, & étoient plutôt des contrats intéressés.

L'Ordonnance de Moulins a décidé qu'elles y étoient sujettes. Malgré le texte formel de cette Ordonnance, Ricard a soutenu que les Donations mutuelles, lorsqu'il y avoit parfaite égalité, & dans ce qui étoit donné de part & d'autre, & par rapport aux personnes des donateurs, qui étoient l'un & l'autre en santé, n'étoient pas sujettes à insinuation; ces Donations n'ayant de la Donation que le nom, puisque dans ce contrat, chacun reçoit autant qu'il donne. Ce sentiment de Ricard est manifestement contraire au texte de l'Ordonnance de Moulins. En vain Ricard dit que l'Ordonnance de Moulins n'a entendu parler que des Donations mutuelles inégales; c'est donner un sens ridicule à cette Ordonnance, que de dire, qu'en assujettissant les Donations mutuelles à l'insinuation, elle n'y assujettit que celles qui ne sont pas parfaitement mutuelles, mais qui ne le sont que *aliquatenùs*. Aussi le sentiment de Ricard n'a pas été suivi, & il est aussi réprouvé par l'Ordonnance de 1731, qui dit que les Donations mutuelles sont sujettes à l'insinuation, quand même elles seroient parfaitement égales. La raison en est que, quoique les Donations mutuelles ne soient pas proprement des Donations, & ne contiennent pas une vraie libéralité, néanmoins il suffit que le donateur se soit dépouillé de ses biens, sans avoir reçu à la place qu'une espérance qui n'a pas eu d'effet, pour que le motif de l'Ordonnance, qui a assujetti les Donations à l'insinuation, s'y rencontre. Car ce motif tendant à la fin de ne pas induire en erreur les héritiers qui accepteroient la succession, & les tiers qui contracteroient avec lui, dans l'ignorance où ils seroient les uns les autres qu'il s'est dépouillé de ses biens par des Donations: Peu importe, pour remplir cette vue, qu'il s'en soit dépouillé par une parfaite libéralité, ou par un don mutuel, pourvu qu'il s'en soit dépouillé.

On a demandé si les Donations par contrat de mariage sont sujettes à l'insinuation? Quoiqu'elles soient dispensées des autres formalités des Donations, elles ne sont pas dispensées de l'insinuation. Néanmoins il faut à cet égard distinguer celles qui sont faites à l'un des conjoints par quelqu'un des ascendans, & celles qui leur sont faites par d'autres personnes, & celles que les conjoints se font entr'eux.

L'Ordonnance de 1731, *art.* 19, excepte les premieres de la nécessité de l'insinuation. Ricard avoit été aussi de cet avis. La raison en est que l'obligation de doter les enfans, étant de la part des ascendans une obligation naturelle, ces Donations ne sont pas tant des Donations que l'acquittement d'une dette naturelle. D'ailleurs les mariages étant publics; & les ascendans qui marient leurs enfans, étant présumés les doter, lorsqu'ils les marient, ces Donations ne peuvent être ignorées, & par conséquent n'ont pas besoin de l'insinuation pour être rendues publiques.

Ricard avoit limité son sentiment aux Donations qui seroient faites *intra*

intra legitimum modum ; mais cette limitation trop ſcrupuleuſe n'a pas été ſuivie par l'Ordonnance.

Les Donations, quoique faites par des aſcendans, ailleurs que par contrat de mariage, ſont ſujettes à l'inſinuation, l'Ordonnance n'ayant excepté que celles faites par contrat de mariage.

On pourroit peut-être néanmoins étendre la diſpoſition de l'Ordonnance, aux Donations faites par un aſcendant pour le titre clérical du donataire, lorſqu'elle n'excede pas la ſomme réglée pour le titre clérical, y ayant une très-grande parité de raiſon.

Il en eſt de même de la Donation faite par un aſcendant pour la Profeſſion religieuſe du donataire, dans un Couvent où il eſt permis de recevoir des dots, lorſque la Donation n'excede pas ce qu'il eſt permis de donner pour ces dots.

Par la même raiſon, les Donations de la ſeconde eſpece faites par contrat de mariage, c'eſt-à-dire celles faites aux conjoints par autres perſonnes que par les aſcendans, ſont ſujettes à l'inſinuation, puiſque l'ordonnance n'a excepté que celles faites par les aſcendans, & que d'ailleurs la même raiſon ne s'y rencontre pas, n'y ayant aucune obligation naturelle de doter de la part des collatéraux & étrangers.

Enfin, les Donations par contrat de mariage de la troiſieme eſpece, c'eſt-à-dire, celles faites par les conjoints entr'eux, ſont ſujettes à l'inſinuation.

Mais on n'y doit pas comprendre les conventions ordinaires des contrats de mariage, quoiqu'elles contiennent un titre lucratif. Tel eſt l'augment dans le pays de Droit écrit ; & dans le pays Coutumier, le douaire, le préciput d'une certaine ſomme, ſoit en argent, ſoit en effets mobiliers. *Ordonnance de* 1731, *art.* 21.

La convention que les biens de communauté demeureroient en entier au ſurvivant, à la charge de payer une ſomme modique aux héritiers du prédécédé, doit paſſer pour une ſimple convention, & une loi de contrat de communauté, plutôt que pour une Donation ; & elle n'eſt pas en conſéquence ſujette à l'inſinuation.

On a jugé auſſi que, la convention que le conjoint jouiroit en uſufruit des biens du prédécédé, étoit une convention matrimoniale, plutôt qu'une Donation, & par conſéquent non ſujette à l'inſinuation. *Arrêt du* 8. *Août* 1719.

Il faut obſerver que, quoique les Donations faites par le mari à la femme, par le contrat de mariage, ſoient ſujettes à l'inſinuation, néanmoins les héritiers du mari ne peuvent lui en oppoſer le défaut. *Ordonnance de* 1731, *art.* 30. La raiſon en eſt que le mari, comme adminiſtrateur des biens de ſa femme, ayant été obligé à la faire faire, il eſt reſponſable envers ſa femme de ce défaut. D'où il ſuit que les héritiers du mari ne ſont pas recevables à oppoſer un défaut, dont en leur qualité d'héritiers, ils ſe trouvent reſponſables.

Néanmoins, ſi dans le pays de Droit écrit, la Donation eût été faite à la femme, pour lui tenir lieu de biens paraphernaux, comme le

mari n'a pas l'administration de ces sortes de biens que la femme a droit d'administrer elle-même sans son mari; il ne peut être à cet égard responsable du défaut d'insinuation, & par conséquent le défaut en peut être opposé par les héritiers du mari. *Ordonnance de* 1731, *art.* 30.

Les Donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les choses qui en soient l'objet. Néanmoins les Donations des choses mobilières en sont dispensées en deux cas.

Le premier est, lorsqu'il y a tradition réelle. La raison en est que les meubles n'ont pas de suite, & que leur fréquent commerce, & leur nature à passer successivement dans beaucoup de mains, oblige à dispenser de toutes formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses, lorsqu'elles sont suivies de tradition réelle.

Le second cas auquel les Donations de meubles sont dispensées de l'insinuation, c'est lorsqu'il n'y a pas à la vérité de tradition réelle, mais que leur valeur n'excede pas la somme de mille livres. La modicité en ce cas les a fait dispenser de la nécessité de l'insinuation.

On a demandé si la Donation des biens à venir, faite par contrat de mariage, par d'autres que par les ascendans, étoit sujette à l'insinuation? Il semble qu'elle ne devroit pas l'être. Car les motifs qui ont fait établir l'insinuation ne se rencontrent pas à l'égard de ces Donations, puisque ces Donations n'étant pas des choses qui ne restent au donataire que lors du décès du donateur, à la charge de toutes les dettes que devra lors ce donateur, il n'y a aucun lieu de craindre qu'elles puissent induire en erreur préjudiciable, ni ceux qui contracteront par la suite avec le donateur, ni ses héritiers. Néanmoins la Jurisprudence a assujetti ces sortes de donations, & même les institutions contractuelles, à l'insinuation. Lemaitre en apporte une raison assez mauvaise, qui est de dire qu'il est toujours nécessaire que ces Donations soient publiques, si ce n'est pour ceux qui contracteront avec le donateur, au moins pour ceux qui contracteront avec ses héritiers présomptifs, comptant sur l'espérance de la succession, qu'ils ignoroient leur être ôtée par les Donations. Il valoit mieux ne pas dire de raison, que d'en dire une si pitoyable. Il faut plutôt dire que les héritiers du donateur ne laissent pas d'avoir intérêt de connoître ces Donations, afin de ne pas accepter la succession du donateur. Car, quoiqu'en l'acceptant, ils eussent un recours pour les dettes contre le donataire, jusqu'à concurrence des choses données; ils ont néanmoins grand intérêt de ne la pas accepter, ce recours ne les mettant pas à couvert des poursuites des créanciers, étant souvent mauvais, ou accompagné de discussions.

Les Donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les personnes entre qui elles sont faites. Il faut en excepter néanmoins celles faites au Roi. La raison en est que les Loix n'obligent que les sujets, & non le Souverain. Il ne peut donc être assujetti à la Loi de l'insinuation.

Vice versâ. Celles faites par le Roi n'y sont pas assujetties. La premiere Ordonnance qui a établi les insinuations, & qui est celle de 1539, y est formelle.

Au reste, il ne faut pas conclure de ces termes, que les Donations faites, soit par un étranger à un François, soit par un François à un Etranger, ne soient pas sujettes à l'insinuation. Car, comme l'observe Ricard, les Loix exercent leur empire sur tous les biens du Royaume. L'Etranger, par rapport à la disposition, ou à l'acquisition qu'il fait de ces biens, y est sujet, & peut à cet égard être compris sous le terme de *Nos Sujets.*

§. II.

Où l'insinuation doit-elle être faite?

Suivant les anciennes ordonnances, l'insinuation devoit se faire dans les Greffes des Jurisdictions royales du domicile du donateur, & des lieux où les choses données étoient situées. Le Roi, par Edit de 1703, ayant établi des Greffes des insinuations dans chaque Jurisdiction royale, les insinuations ont cessé de pouvoir se faire dans les Greffes ordinaires des Jurisdictions royales, & ont dû se faire dans ces nouveaux Greffes.

Depuis, ayant été permis aux Greffiers des insinuations, d'établir des Bureaux d'arrondissement dans les Justices des Seigneurs, il s'éleva la question de savoir si les insinuations étoient valablement faites dans ces Bureaux d'arrondissement. Cette question fut décidée par la Déclaration du Roi, du 10 Novembre 1717, qui décida que les insinuations qui avoient été faites, & qui seroient faites par la suite dans ces Bureaux, seroient aussi valables que si elles eussent été faites aux Greffes des insinuations des Jurisdictions royales.

Depuis, par la Déclaration du 7 Février 1731, le Roi a voulu que les insinuations ne pussent se faire qu'aux Greffes des insinuations établis près les Juges royaux ressortissans nuement aux Cours, & qui ont la connoissance des Cas royaux.

Les Loix, touchant les lieux où l'insinuation doit se faire ayant été différentes, selon les différens temps, est-ce la Loi du temps où la Donation a été faite, ou celle du temps où l'insinuation se fait, qui doit décider? C'est la Loi qui a lieu au temps où l'insinuation se fait. La Déclaration de 1731 déclare nulles toutes les insinuations qui se feront à l'avenir; elle dit indistinctement: les insinuations des Donations qui se feront à l'avenir. Le Bureau, qui étoit compétent lors de la Donation, ayant cessé de l'être, on ne peut plus faire l'insinuation dans un Bureau devenu incompétent.

L'insinuation devant se faire dans la Jurisdiction du domicile du donateur; s'il en a changé, est-ce dans le lieu du domicile qu'il avoit lors de la Donation, ou dans celui du domicile qu'il avoit lors de l'insinuation, qu'elle doit être faite? Ricard fait à cet égard une distinction qui est- que, si l'insinuation est faite dans le temps porté par l'Ordonnance; comme en ce cas, l'insinuation a un effet rétroactif au temps de la Dona-

tion, & qu'elle vaut, dès ce temps, elle doit être faite dans le lieu du domicile que le donataire avoit lors de la Donation; si elle ne se fait qu'après le temps porté par l'Ordonnance; comme en ce cas, cette insinuation ne vaut que du jour qu'elle est faite, elle doit se faire au lieu du domicile qu'a le donateur, lorsqu'elle est faite.

A l'égard de la disposition des Ordonnances, qui portent que les Donations seront aussi insinuées dans les lieux où les choses données sont situées, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu pour les choses, qui par leur nature n'ont pas de situation, tels que sont les meubles. Les Donations des meubles ne sont donc sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile.

Les choses incorporelles n'ont pas aussi de situation, n'y ayant que les corps qui en soient susceptibles; or, tous les droits, toutes les choses *quæ in jure consistunt*, sont comprises parmi les choses incorporelles; d'où il semble suivre que les Donations de toutes ces choses ne sont sujettes qu'à l'insinuation du domicile.

Néanmoins, comme les droits qu'on a dans quelqu'héritage *jura in re*, tels que les droits d'usufruit, de rente fonciere, de champart sont, en quelque façon, comme une partie de l'héritage, la Donation de ces sortes de droits est sujette à l'insinuation dans la Jurisdiction du lieu où est situé l'héritage.

En est-il de même des droits *ad rem*. Par exemple, si quelqu'un avoit donné à un autre le droit qu'il avoit de se faire livrer un héritage, la Donation devroit-elle être insinuée au lieu de la situation de l'héritage? Je le pense. Car, donner un droit qui se termine & se résout dans l'héritage, c'est comme si on donnoit l'héritage même.

A l'égard des autres droits & créances, qui ne se terminent qu'à quelque chose de mobilier, comme aussi à l'égard des rentes constituées, soit perpétuelles, soit viageres, la Donation de ces sortes de choses n'est sujette qu'à l'insinuation au lieu du domicile du donateur, ces sortes de choses n'ayant pas de situation.

Il y a néanmoins certaines rentes qui, à cause du bureau de paiement qu'elles ont dans un certain lieu, sont censées avoir leur assiette & situation au lieu où est ce Bureau; comme sont celles sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, &c. D'où il suit que les Donations de ces rentes doivent être insinuées en la Jurisdiction de ce lieu, comme lieu de la situation des choses données.

Les offices, quoique êtres incorporels, sont censés avoir une situation au lieu où s'en fait l'exercice, & par conséquent la Donation d'un office doit être insinuée en ce lieu.

On a demandé si la Donation des droits successifs appartenans au donateur, ou des biens présens du donateur, devoit être insinuée au lieu où étoient situés les héritages compris dans la succession, ou dans les biens donnés. La raison de douter est que, dans des droits successifs, une universalité de biens est considérée comme une universalité des corps qui la composent. Néanmoins, comme les corps qui y sont

compris sont réellement & effectivement donnés par la Donation de l'universalité qui les comprend, il faut dire que l'insinuation doit être faite au lieu où ils sont situés.

Il en est autrement de la Donation des biens qui se trouveront lors du décès du donateur. Comme cette Donation ne comprend aucun corps certain, l'insinuation du domicile suffit.

Lorsque d'une terre & Seigneurie qui a été donnée, dépendent plusieurs corps ou pieces d'héritages situés en différentes Jurisdictions, Ricard & Lalande sont d'avis qu'il suffit de faire l'insinuation en la Jurisdiction du lieu où est situé le chef-lieu. Ce sentiment est fort plausible; car le chef lieu est représentatif de tout ce qui en dépend; il est néanmoins plus sûr de faire l'insinuation dans les différens lieux. On pourroit peut-être user ici de la distinction que l'Edit des Criées met entre les fiefs & les héritages censuels, & dire qu'à l'égard des fiefs, il suffit de faire l'insinuation en la Justice royale, & qu'à l'égard des héritages censuels, il faut la faire dans les différens lieux.

§. III.

Comment, & quand doit-on faire l'insinuation ?

L'insinuation se fait en transcrivant dans les registres publics destinés pour cet effet, l'acte de Donation. Il faut que ce soit l'acte même de Donation qui soit ainsi transcrit; il ne suffiroit pas d'en transcrire un qui la confirmeroit, à moins que l'acte de Donation ne s'y trouvât inséré en entier.

Au reste, il n'importe par qui se fasse cette insinuation. Tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'auroit pas de mandat pour cela. Car la Loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que de rendre la Donation publique. La fin est remplie, lorsqu'elle est transcrite dans les registres publics, & il est indifférent pour cette fin par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite.

L'insinuation doit être faite dans les quatre mois du jour de la date de la Donation, pour le regard des personnes & biens qui sont dans le royaume, & dans six pour ceux qui sont hors du royaume.

Lorsque la Donation a été acceptée *ex intervallo*, par un acte différent, le temps des quatre mois ne court que du jour de l'acceptation, car la Donation n'est parfaite, & n'est Donation que de ce jour, & l'insinuation n'auroit pu se faire auparavant, puisque l'insinuation suppose nécessairement une Donation, & qu'il n'y a proprement pas de Donation avant l'acceptation, mais un simple projet.

Que si une Donation a été faite sous une condition suspensive, le temps courroit du jour de la Donation, & non pas seulement du jour de l'échéance de la condition. La raison en est qu'encore que la Donation soit en suspens jusqu'à l'échéance de la condition; néanmoins, lors-

que la condition vient à exister, elle a un effet rétroactif, & la Donation vaut du jour du contrat, suivant le principe de Droit commun à tous les actes entre-vifs, que les conditions de ces actes ont un effet rétroactif au temps du contrat.

Que si la Donation conditionnelle est Donation, dès le temps de sa date, il s'ensuit que le temps de l'insinuation doit courir du jour de la date, & non pas seulement du jour que la condition a existé; autrement on ne satisferoit pas aux Ordonnances.

Lorsque le donateur a confirmé sa Donation par un acte subséquent, si le premier acte étoit valable, le temps court du jour de la Donation, & non pas du jour de la confirmation, qui est un acte inutile, le donateur ne pouvant plus donner ce qui a cessé d'être à lui. C'est pourquoi, on ne doit pas distinguer avec Ricard si cet acte étoit revêtu des formes de la Donation.

Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'Ordonnance, elle a un effet rétroactif au temps du contrat, c'est-à-dire, qu'elle est également valable, comme si elle eût été faite dès l'instant du contrat.

D'où il suit, 1°. que lorsqu'elle se fait dans le temps de l'Ordonnance, il n'importe qu'elle se fasse du vivant, ou après la mort du donateur.

2°. Il suit que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'Ordonnance, elle est valable, même à l'égard des tiers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la Donation & l'insinuation. Ces tiers, par exemple, ne pourront prétendre aucune hypotheque sur les choses données, parce que l'insinuation remontant au temps de la Donation, ils n'en ont pu acquérir sur les choses données, qui, dès le temps de la Donation, avoient cessé d'appartenir au donateur avec qui ils ont contracté.

L'insinuation, qui ne se fait qu'après le temps de l'Ordonnance, n'est pas tout-à-fait inutile, pourvu qu'elle se fasse du vivant du donateur; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date; & en cela elle differe de celle qui se fait dans le temps de l'Ordonnance, dont l'effet remonte à la date de la Donation.

De-là il suit que la Donation ne pourra être opposée aux créanciers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la Donation & cette insinuation faite après le temps de l'Ordonnance, lesquels pourront exercer leurs hypotheques sur les choses données, & de même tous les autres tiers au profit desquels le donateur auroit, depuis la Donation, dans ledit temps, disposé des choses données, ou de quelque droit sur lesdites choses, pourront pareillement les demander contre le donataire qui ne pourra leur opposer sa Donation. Mais le donataire n'aura rien à craindre de tous ceux avec lesquels le donateur contracteroit depuis l'insinuation, non plus que des héritiers du donateur.

A l'égard de l'insinuation qui ne se feroit qu'après le temps de l'Ordonnance, & après la mort du donateur, elle seroit absolument nulle; car les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils

ne peuvent plus en être dépouillés par l'insinuation qui se feroit depuis.

L'insinuation ne peut à la vérité se faire après la mort du donateur, lorsque le temps de l'Ordonnance est passé ; mais peu importe lorsqu'elle se fait, que le donataire ait perdu la capacité de donner ; & en cela l'insinuation est différente de l'acceptation. La raison de différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la Donation, qui ne peut sans cela exister. Or, il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation, elle n'est pas requise pour former la Donation, mais seulement pour sa publicité. La Donation a toute sa forme intrinseque, indépendamment de l'insinuation ; elle est valable entre le donateur & le donataire. Il est donc indifférent que lors de l'insinuation, le donateur ait conservé ou non la capacité de donner ; il suffit qu'il l'ait eue lors de la Donation.

Il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire. *Ordonn. de* 1731, *art.* 26.

§. IV.

Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé ?

L'insinuation des Donations n'ayant été requise par les Ordonnances, que pour les rendre publiques, & afin, comme nous l'avons déjà dit, de ne pas induire en erreur ceux qui par la suite contracteroient avec le donateur, & ceux qui seroient appelés à sa succession ; il s'ensuit que le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, puisque ce n'est pas par rapport à lui que l'insinuation a été ordonnée, & qu'il ne peut y avoir aucun intérêt. Cela est d'ailleurs formellement décidé par l'Ordonnance de Moulins, *article* 58, qui porte : « faute de ladite » (insinuation) seront nulles & de nul effet, tant en faveur des créan- » ciers que de l'héritier du donnant », & par l'*article* 27 de l'Ordonnance de 1731.

A l'exception du donateur lui-même, toutes les autres personnes ont intérêt à la nullité de la Donation, & peuvent opposer le défaut d'insinuation, & la soutenir nulle par ce défaut.

Non-seulement les créanciers & les acquéreurs à titre onéreux peuvent opposer ce défaut, les donataires postérieurs à la Donation & les légataires le peuvent aussi. L'Ordonnance de 1731, *article* 27, le décide en termes formels. Il est vrai que le défaut de publicité de la Donation ne leur fait pas courir le même risque que courent des créanciers & des acquéreurs à titre onéreux qui contracteroient avec le donateur, & que courent les héritiers du donateur, puisque ceux-ci peuvent perdre leur propre bien en contractant avec le donateur que ses Donations auroient rendu insolvable, ou en acceptant la succession devenue mauvaise ; mais

l'intérêt de ceux-ci ayant une fois fait établir la néceſſité de l'inſinuation ; pour la validité des Donations, tous les autres, quoiqu'ils aient un intérêt beaucoup moindre à la publicité des Donations, & qui ſeul auroit été ſuffiſant pour faire porter la Loi, profitent de la Loi portée, & ſont reçus à oppoſer le défaut d'inſinuation, pour l'intérêt qu'ils y ont quel qu'il ſoit. Or, on ne peut nier que ce donataire poſtérieur n'eût un intérêt de connoître la premiere Donation ; car la connoiſſance qu'il en auroit eue, en empêchant d'accepter la Donation poſtérieure qui lui en auroit été faite, l'auroit préſervé du regret qu'il auroit de n'avoir pas une choſe qu'il auroit comptée à lui, regret qu'on n'a pas, lorſqu'on n'a jamais compté que la choſe nous appartînt.

On peut ajouter, à l'égard du donataire, que l'héritier étant débiteur envers le légataire de la choſe léguée, le légataire peut exercer les droits de l'héritier ſon débiteur, & par conſéquent exercer le droit qu'a l'héritier d'oppoſer le défaut d'inſinuation pour retenir ou revendiquer les choſes données.

Les héritiers du donateur peuvent auſſi oppoſer le défaut d'inſinuation. La raiſon de douter étoit qu'un héritier eſt obligé d'entretenir tous les engagemens contractés par le défunt. *Cùm ſuccedat in omne jus defuncti.* Mais l'intérêt public a fait décider que les héritiers pourroient oppoſer ce défaut, pour que ce défaut de connoiſſance de la Donation n'engageât pas des héritiers à accepter une ſucceſſion onéreuſe, dans laquelle ils croiroient être compris les biens que le défunt a donnés.

Par la même raiſon, lorſque le mari a donné entre-vifs un conquêt de ſa communauté, & qu'il prédécede, ſa veuve pourra auſſi bien que les héritiers oppoſer le défaut d'inſinuation pour la part qu'elle a droit de prétendre comme commune dans ce conquêt ; car elle a intérêt d'en avoir connoiſſance pour prendre ſon parti ſur l'acceptation de la communauté.

Même du vivant du mari, la femme, en cas de ſéparation, ou les héritiers de la femme, en cas de prédécès de la femme, peuvent oppoſer ce défaut par la même raiſon.

Il eſt bon d'obſerver que Lebrun va trop loin, lorſqu'il dit que la femme ou ſes héritiers pourroient oppoſer le défaut d'inſinuation pour leur part dans le conquêt donné, même dans les quatre mois depuis la Donation, parce que, dit-il, la communauté ayant été diſſoute, quoiqu'avant les quatre mois, le mari n'étant plus le maître de la communauté ne peut perfectionner par l'inſinuation la Donation qu'il a faite de ce conquêt. La réponſe eſt que l'inſinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la Donation. Elle a été parfaite par le contrat ; mais ſujette à être annullée vis-à-vis du tiers, ſi le donataire ne ſatisfaiſoit pas à la Loi qui exige l'inſinuation. Mais tant que les quatre mois ne ſont pas expirés, il n'eſt pas en demeure & ne doit donc pas perdre l'effet de la donation, puiſque l'inſinuation qu'il fait avant l'expiration du terme, a un effet rétroactif comme nous l'avons vu ci-deſſus.

Si

Si le créancier ou l'héritier du donateur avoit eu connoissance de la donation; par exemple, s'ils eussent reçu l'acte comme Notaires, s'ils l'eussent souscrit comme témoins, pourroient-ils opposer le défaut d'insinuation? Je le pense. Car, quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation ne se rencontre pas à leur égard, néanmoins il suffit que les Ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les Donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, & pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la Donation, quelque connoissance particuliere qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la Loi a introduit pour sa publicité. On peut encore dire que depuis que les Ordonnances ont introduit l'insinuation pour éviter qu'il ne se fît des Donations simulées, il résulte du défaut d'insinuation une présomption que ces Donations qu'on a voulu tenir cachées en ne les faisant pas insinuer sont des Donations simulées, & ceux même qui en ont connoissance ont droit d'en porter ce jugement, & par conséquent d'opposer le défaut d'insinuation.

§. V.

Quelles exceptions peut-on opposer ou non, contre le défaut d'insinuation?

La meilleure exception qu'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation, est que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve responsable envers le donataire de ce défaut.

Cela arrive toutes les fois que celui qui oppose le défaut d'insinuation, se trouve avoir été l'administrateur des biens du donataire, & en cette qualité tenu de faire faire l'insinuation, ou bien encore, lorsque celui qui oppose le défaut d'insinuation est l'héritier de cet administrateur, car en cette qualité il succede aux obligations de cet administateur.

C'est par cette raison que l'Ordonnance de 1731, *art.* 30, décide que les héritiers du mari ne pourront opposer le défaut d'insinuation des Donations qu'il a faites à sa femme; car le mari, comme administrateur des biens de sa femme, étoit en cette qualité tenu de faire faire cette insinuation, & faute de l'avoir faite, il est obligé envers sa femme aux dommages & intérêts qui en résultent, laquelle obligation passe à ses héritiers. Or, il seroit contradictoire qu'une personne opposât le défaut d'insinuation, lorsqu'elle est elle-même tenue des dommages-intérêts qui résultent de ce défaut.

Par la même raison, si un tuteur a fait une Donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur ne seront pas recevables à opposer le défaut d'insinuation, *art.* 31.

Par la même raison, si Pierre m'a fait une Donation, mon tuteur, mon curateur, mon mari ou son héritier, qui deviendroit par la suite héritier de Pierre, ou qui deviendroit créancier de Pierre, ne pourroit pas en ladite qualité d'héritier, ou de créancier de Pierre, m'opposer ce défaut,

parce que je répliquerois qu'en la qualité qu'il a eue de mon tuteur, curateur, ou mari, il est responsable envers moi de ce défaut.

Il paroîtroit suivre de-là que si, par un contrat de Donation, le donateur s'étoit, à peine de tous dépens, ou dommages-intérêts, chargé de faire faire lui-même l'insinuation, son héritier ne pourroit en opposer le défaut au donataire. Néanmoins l'Ordonnance, *art.* 27, décide le contraire, & veut qu'une telle clause soit de nul effet. La raison est, qu'une telle clause par laquelle le donateur, qui n'a aucune qualité pour défendre les intérêts du donataire, s'oblige à faire faire lui-même l'insinuation, paroît n'être faite que pour soustraire le donataire à la nécessité de l'insinuation, & pour rendre la Donation secrette, & par conséquent, faite en fraude des Loix qui ordonnent l'insinuation. En effet, si cette clause étoit permise, il seroit toujours permis, par le moyen de cette clause, d'éluder l'Ordonnance au moins pour ce qui concerne l'intérêt des héritiers. Or, toute clause en fraude des Loix est de nul effet.

La puissance de quelqu'un en laquelle le donataire a été, lui donne bien une défense contre cette personne en la puissance de qui il a été, ou contre les héritiers de cette personne qui lui opposeroient le défaut d'insinuation; mais elle ne lui donne aucune défense contre des tiers, quand même l'insolvabilité de la personne en la puissance de qui a été le donataire ne lui laisseroit aucun recours. C'est pourquoi les créanciers du mari peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation des Donations qui lui auroient été faites par son mari, quoique la femme, pendant le temps qu'elle étoit en la puissance de son mari, n'ait pas eu la liberté de faire cette insinuation. La femme n'a d'autre ressource en ce cas, qu'une action de recours contre les héritiers de son mari; & il en seroit de même quand elle n'auroit pas cette ressource par l'insolvabilité de la succession de son mari. C'est ce qui est décidé par l'article 28 de l'Ordonnance de 1731. La raison en est que l'intérêt de la sureté publique, qui milite en faveur des créanciers, & des acquéreurs du donateur, ne permet pas que le donataire soit restituable pour quelque cause que ce soit, contre l'omission de l'insinuation que cet intérêt de la sureté publique demandoit.

Par la même raison, le défaut d'insinuation des Donations faites à des mineurs, ou à l'Eglise, peut leur être opposé, quand même l'insolvabilité de leurs tuteurs, ou autres administrateurs, ne laisseroit aucun recours. *Ordonnance de 1731, article 32.*

C'est une exception légitime contre le défaut d'insinuation qu'opposeroit l'héritier du donateur, si le donataire a possédé pendant trente ans l'héritage depuis la mort du donateur. Car le droit qu'a l'héritier d'opposer ce défaut, consiste dans une action, *utile in rem,* & révocatoire que la Loi lui donne. Or, cette action est sujette à la prescription commune des actions; ainsi le décide Ricard.

En vain dit-on que personne ne peut prescrire contre son propre titre, qui est vicieux & imparfait, & qu'ainsi le donataire ne peut prescrire

contre le titre de sa Donation, qui se trouve vicieux & imparfait par le défaut d'insinuation. La réponse est que la maxime qu'on ne peut prescrire contre son titre est ici mal appliquée par les Auteurs qui ont traité cette question & n'a lieu que lors de la prescription à l'effet d'acquérir. Par exemple, si une personne a commencé de posséder un héritage en vertu d'un bail à loyer, ou bien en vertu d'une vente faite par l'Eglise sans les formalités requises, elle ne pourra, par quelque temps que ce soit, prescrire contre son titre, & acquérir l'héritage, parce que tels titres étant vicieux n'ont pu lui donner qu'une possession vicieuse, incapable d'acquérir par la prescription la propriété des choses; mais cette maxime, qu'on ne prescrit pas contre son titre, n'a pas lieu à l'égard de la prescription à l'effet de libérer, qui n'a pas son fondement dans la possession de celui qui prescrit; car à l'égard de cette prescription, on prescrit tous les jours contre son titre. Le débiteur, dont on n'exige pas la dette pendant trente ans, prescrit contre son titre, & est libéré.

Ces principes, qui sont certains, étant présupposés, il ne s'agit, pour résoudre la question supposée, que de savoir si la prescription dont nous venons de parler, est à l'effet d'acquérir, ou seulement à l'effet de libérer. Or, il est certain que c'est une prescription à l'effet de libérer; car l'acte de Donation est intrinsequement valable, indépendamment de l'insinuation, & a transféré la propriété de la chose donnée au donataire.

Il est vrai que faute d'insinuation, cette propriété n'étoit pas irrévocable, à cause de l'action revocatoire *utilis in rem* que la Loi donne aux héritiers du donateur & aux tiers, faute d'insinuation; la prescription contre ce défaut d'insinuation n'est donc pas une prescription qui a l'effet de faire acquérir au donataire la propriété de la chose donnée puisqu'il l'avoit déjà acquise dès l'instant de la tradition qui a suivi la Donation. C'est seulement une prescription à l'effet de le libérer des actions que la Loi donne à l'héritier du donateur, & aux créanciers. La maxime qu'on ne prescrit pas contre son propre titre, ne reçoit pas ici d'application.

Des principes que nous avons établis, il suit encore que le temps de cette prescription ne court contre l'héritier du donateur, que du jour de la mort du donateur, & contre les créanciers & les tiers acquéreurs que du jour qu'ils ont contracté avec le donateur. Car suivant nos principes, la prescription contre le défaut d'insinuation, étant une prescription à l'effet de libérer le donataire des actions que la Loi donne contre lui aux héritiers & créanciers du donateur, elle ne peut courir que du jour que naissent ces actions. Car on ne peut prescrire contre une action avant qu'elle soit née. Or, il est évident qu'elles ne naissent que du jour que nous avons déjà dit.

La possession que le donataire a eue, soit avant la mort du donateur, soit avant le contrat du créancier qui a contracté avec le Donateur, ne peut couvrir le défaut d'insinuation, quoique s'il eût possédé ces choses sans titres, il les eût pu prescrire; & c'est ici le cas où doit lieu les maximes qu'on ne prescrit pas contre son titre; & qu'il vaut mieux n'avoir

pas de titre, que d'en avoir un qui soit vicieux; s'il les avoit possédés sans titres, il les auroit possédés *simpliciter*, & une telle possession n'a rien qui la rende inhabile à produire la prescription. Mais comme la Donation renferme la charge de l'insinuation, la possession que lui donne la Donation est une possession qui contient la charge de l'insinuation, & qui par elle-même ne peut pas cesser de la contenir, parce qu'une possession quelque temps qu'elle dure continue toujours telle qu'elle a commencé. *Cùm nemo sibi causam suæ possessionis mutare possit.* La possession quelque longue qu'elle soit, ne peut donc par elle-même décharger le donataire de la nécessité de l'insinuation. Il n'en peut être déchargé que par l'extinction des droits de ceux à qui la Loi avoit donné le droit d'en opposer le défaut, lesquels droits s'éteignent par le non usage; c'est-à-dire, faute par eux d'en avoir usé pendant le temps de trente ans depuis qu'ils ont commencé d'avoir ce droit.

ARTICLE IV.

Par quels actes les Donations entre-vifs doivent-elles être faites?

L'Ordonnance de 1731, *art.* 1, veut que tous les actes portant Donations, soient passés pardevant Notaires, & qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette Loi a été d'empêcher les fraudes & qu'il ne fût pas permis au donateur & en son pouvoir de faire des Donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant pardevers lui l'acte de Donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui auroit ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugeroit à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur, que l'Ordonnance veut qu'il reste une minute de la Donation entre les mains d'un Notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les Donations sont suspectes de n'avoir pas le caractere d'irrévocabilité requis par nos Loix dans les Donations entre-vifs, & par la raison de cette suspicion, elles sont déclarées nulles.

Le donateur peut-il lui-même opposer ce défaut? On peut dire en faveur du donateur que la Loi prononce indistinctement la peine de nullité : que nos Loix ayant assujetti le contrat de Donation à des formes à peine de nullité, dont une est qu'il soit passé pardevant Notaires, la Donation est nulle, lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards; & qu'ainsi, une Donation qui manque de cette formalité ne peut, ni transférer la propriété des choses données, ni engager le donateur.

D'un autre côté, on peut dire contre le donateur, que l'Ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parce que ces actes sont suspects de la fraude faite à la Loi, touchant l'irrévocabilité

des Donations; il s'ensuit qu'il n'y a que ceux envers qui cette fraude pourroit avoir été commise, savoir les héritiers du donateur, & les tiers qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'Ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation, & cependant on n'a pas laissé de tenir que ce défaut ne pouvoit être opposé par le donateur.

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation [illegible] sa force sans cela. L'acte pardevant Notaire est requis pour la forme même de l'acte, c'est pourquoi on ne peut guére se dispenser de regarder la Donation comme entiérement nulle sans cela.

Il reste à observer que cette disposition de l'Ordonnance n'a pas lieu pour la Donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle; car en ce cas, il n'est besoin d'aucun acte.

SECTION TROISIEME.

De l'effet des Donations entre-vifs; des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir quelques retranchemens.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet de la Donation Entre-vifs.

§. I.

De l'effet de la Donation par rapport au Donateur.

L'EFFET de la Donation entre-vifs par rapport au donateur, est de le dépouiller de la propriété de la chose, & de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

Mais la Donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la Donation est différente du contrat de vente dans lequel le vendeur s'oblige, *præstare emptori rem habere licere.*

Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les

dépenses qu'il auroit faites à l'occasion de la Donation, comme du coût du contrat, centieme denier, & des augmentations qu'il a faites à la chose, & qui étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire? La raison de douter, est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant imprudemment ce qui n'étoit pas à lui. C'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence; néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat, qui ne faisoit [illegible] envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais, s'il paroissoit que le donateur eût fait cette Donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il seroit bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la Loi 18, §. 3, ff. *de Donat.*

Que si l'action hypothécaire étoit pour les dettes du donateur, le donataire auroit le recours qu'ont tous ceux qui payent les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur; ainsi que nous le verrons ci-après.

La Donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avoit aucun, & ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet, & c'est en ce sens que, *res aliena vendi potest, donari non potest*; & ailleurs, *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est. L. 9, §. 3, de Donat.*

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef: car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivoit, ne seroit pas obligé à la faire cesser.

La Donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non-recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenoit l'héritier du propriétaire de cette chose? Je le pense ainsi : car si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins il s'oblige *per se non fieri quominùs habere liceat*. Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée, qu'il n'avoit pas encore; mais il a pu, & il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourroient un jour lui appartenir dans cette chose.

Il reste à observer que, quoique le donateur ne soit pas tenu, par la nature de la Donation, de la garantie des choses données, il peut néanmoins, par une clause particuliere, s'y obliger.

§. II.

De l'effet de la Donation par rapport au Donataire.

L'effet de la Donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avoit en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord par la tradition la propriété que le donateur n'avoit pas, *cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet.* Mais, au moins, la Donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la Loi. *Traditio ex causâ Donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

La Donation des choses particulieres n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la Donation, le donateur savoit, ou devoit savoir qu'il n'étoit pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resteroit pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette Donation se trouveroit avoir été faite, quand même ils ne seroient pas hypothécaires, pourroient la faire révoquer par l'action Paulienne, quand même le donataire n'auroit pas eu connoissance de la fraude du donateur; & en cela, les donataires sont différens de ceux qui acquierent à titre onéreux; lesquels ne sont sujets à cette action, que lorsqu'ils ont été participans du conseil de fraude.

A l'égard des donataires universels des biens présens, ils sont tenus des dettes que le donateur devoit lors de la Donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens, & que *bona non intelliguntur, nisi deducto are alieno.* Ils peuvent néanmoins s'en décharger, en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes. S'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, & par conséquent tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la Donation plusieurs choses particulieres, de quelque valeur qu'elles soient, & quand même elles feroient la plus grande partie de ses biens; car le donataire retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas.* Or la charge des dettes est charge, *non rerum singularum, sed universalitatis;* laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend, sous le nom de donataires universels, non-seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particuliere d'une certaine espece de biens, tels que sont les

donataires de tout le mobilier, ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne; mais il faut pour cela que ces Donations soient faites *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritages, & qu'il les donne à quelqu'un, pour que la Donation soit réputée universelle, il faut que la Donation porte qu'il donne ses acquêts, qui consistent en telle & telle chose. Que si, au contraire, il donne tel & tel héritage, la Donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parce qu'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulares*.

Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particuliere de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espece de patrimoine, & qui sont attribués dans les successions à une certaine espece d'héritiers, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres; mais celui qui seroit donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, &c. ne seroit pas donataire universel; car ces choses sont des especes de choses, & non pas des especes de biens. On divise les biens en meubles, en acquêts & propres; mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en maisons, vignes, prés, &c. Ces Donations ne sont donc que des Donations de choses particulieres, qui ne contiennent pas la charge de dettes.

Le donataire d'une certaine espece de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de toutes les dettes, dont l'universalité de tous les biens est chargée, se repartit entre les universalités particulieres, dont cette universalité générale est composée, dans la même raison de valeur que ces universalités particulieres sont entr'elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le double en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du double des dettes. Par conséquent, le donataire des meubles sera tenu seulement du tiers des dettes.

Dans les Coutumes où les dettes mobilières suivent les meubles, telles que la Coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobilières : mais, dans ces Coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobilières, dont il est seul tenu.

Les donataires des biens présens ne sont tenus que des dettes que le donateur devoit lors de la donation, & non pas de celles qu'il a contractées depuis : car ces dettes qu'il contracte depuis la donation, ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes; & il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la Donation, en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présens est tenu des dettes contractées sous condition, avant la Donation, quoique la condition n'existe que depuis : car

car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat ;ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé, & avoir fait partie des charges des biens, dès le temps de la Donation ; car, effectivement, dès ce temps, les biens en étoient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avoient été contractées.

Lorsque la Donation a été faite des biens présents & à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, & des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a au reste cette différence entre la Donation des biens présents & à venir, & la Donation d'une certaine espece de biens, que, dans l'espece de la premiere Donation, le donataire peut se décharger des dettes & charges postérieures à la Donation, en se restreignant aux biens présents. Ordonnance de 1731, *art.* 17; au lieu que, dans la seconde espece, le donataire doit tout abandonner, pour s'en décharger.

ARTICLE II.

De la Révocation des Donations, pour cause de survenance d'enfants.

C'étoit autrefois une question, si les Donations faites par un homme qui, lors de la Donation, n'avoit pas d'enfants, étoient révoquées par la survenance d'enfants au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la Loi 8, *cod. de revoc. Donat.* qui est de Constantin & de Constance, dont voici les termes ? *Si unquàm libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit Donatione largitus, & posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenoient la négative, prétendoient que cette Loi ne contenoit pas une décision générale, & devoit être restreinte au cas d'une Donation faite par un patron à ses affranchis. Que des affranchis qui tenoient tout ce qu'ils étoient de leur patron, doivent être plus prêts que d'autres à lui remettre les biens, dont il n'auroit pas vraisemblablement disposé, s'il eût sçu qu'il auroit un jour des enfants. Que si cette Loi eût fait une décision générale, Justinien en auroit fait mention dans ses Institutes, ce qu'il n'a pas fait. Enfin, que St. Augustin, en parlant d'Aurele, Evêque de Carthage, qui avoit restitué des biens donnés à son Eglise, à un donateur à qui il étoit survenu des enfants, dit qu'il auroit pu les retenir *sed jure fori, non jure poli. Decreti. part. 2. causa 17. quæst. 4. can. 43. in fine.* Ce qui prouve que la Loi, *Si unquam*, n'étoit pas observée comme Loi générale.

Nonobstant ces raisons, l'opinion pour l'affirmative a prévalu depuis long-tems, & elle est confirmée par l'Ordonnance, *art.* 39. La raison de cette Jurisprudence, est que celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une

Donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants, & qu'il est dans cette disposition de volonté; que s'il prévoyoit en avoir, il ne donneroit pas; d'où on a tiré la conséquence que la Donation devoit être censée contenir en soi une clause tacite & implicite de revocation, en cas de survenance d'enfants.

§. I.

Quelles Donations sont sujettes à cette révocation ?

L'Ordonnance, *art.* 39. veut que toutes Donations y soient sujettes. 1°. De quelque valeur que lesdites Donations puissent être. Il est donc à cet égard égal que la Donation soit de tous les biens, ou d'une partie, ou de choses particulieres.

On auroit pu douter autrefois si une Donation modique, eu égard aux facultés du donateur, étoit sujette à cette révocation. Les termes de la Loi *Si unquam 8. cod. de revoc. Donat.* semblent ne désigner que des Donations universelles, ou du moins considérables, dont l'objet fasse une partie notable des biens du donateur; c'est aussi par rapport aux Donations, qui font un changement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les auroit pas faites s'il eût sçu avoir des enfants; & il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même, lorsque la Donation est modique.

Néanmoins il faut décider que toute Donation, soit modique, soit considérable, est sujette à cette révocation. Les termes de l'Ordonnance y sont précis : *De quelque valeur que les Donations puissent être;* soit qu'elles soient modiques, soit qu'elles soient considérables. La raison en est que les nouvelles Ordonnances, ayant eu pour but principal de retrancher la matiere des procès, elle n'a pas cru devoir laisser subsister une différence entre les Donations modiques & considérables, laquelle donneroit lieu à des discussions & à des procès, pour juger & estimer quand une Donation devroit être jugée & estimée modique ou considérable.

On ne doit pas néanmoins comprendre parmi les Donations sujettes à révocation, de petits présents de choses mobilaires.

Il suit aussi de la généralité des termes de l'Ordonnance, que la Donation d'usufruit y est comprise, comme celle faite en propriété.

2°. L'Ordonnance comprend dans sa disposition les Donations, à quelque titre qu'elles ayent été faites, encore qu'elles soient mutuelles.

Ricard avoit pensé le contraire, & sa raison étoit, que la Donation mutuelle semble être plutôt un contrat aléatoire qu'une vraie Donation, le donataire recevant les biens du donateur, non gratuitement, mais comme le prix du risque qu'il court de lui faire passer les siens, au cas que ce soit lui qui prédécede. Or, disoit Ricard, il n'y a que les Donations simples qui soient sujettes à révocation pour cause de surve-

nance d'enfants. L'Ordonnance a décidé le contraire ; car il y a même raison de présumer à l'égard de la Donation mutuelle, comme à l'égard de la Donation simple, que le donateur ne l'auroit pas faite, s'il eût sçu devoir avoir des enfants.

La Donation mutuelle, faite par celui à qui il est survenu des enfants, étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est pas survenu, l'est-elle aussi ? Je le pense ; car celui-ci ayant donné en considération de la Donation qui lui étoit faite ; cette Donation qui lui a été faite étant révoquée, la cause pour laquelle il avoit donné, cesse ; il y a donc par conséquent lieu à la répetition dont il est parlé au titre du Digeste *de condictione sine causâ*.

L'Ordonnance comprend en ses dispositions les Donations rémunératoires ; ce qu'il faut entendre du cas auquel les services ne seroient pas appréciables à prix d'argent ; ou supposé qu'ils le fussent, s'ils étoient de beaucoup moindre valeur que la chose donnée.

Observez que lorsque la Donation est révoquée, en ce cas, le droit de se faire payer de ses services doit être réservé au donataire.

Il faut dire la même chose des Donations onéreuses ; elles sont sujettes à la révocation, à moins que les charges ne fussent appréciables à prix d'argent, & n'égalassent la valeur des choses données ; si elles sont de moindre prix, la Donation sera révoquée, les droits du donataire réservés pour se faire payer, s'il avoit déja acquitté les charges.

Les Donations qui consistent dans des remises faites à un débiteur, sont-elles sujettes à révocation ? Il faut dire que oui, lorsque ces remises sont faites par pure libéralité ; car alors elles sont de vraies Donations, & l'Ordonnance renferme dans sa disposition toutes sortes de Donations, à quelque titre qu'elles soient faites.

Que si elles étoient faites par un autre motif, comme par transaction, pour éviter un procès, ou par contrat d'atermoyement, pour donner mieux le moyen à un débiteur insolvable de payer le surplus ; dans ces cas & autres semblables, les remises faites au débiteur, n'étant pas de vraies Donations, ne doivent pas être sujettes à révocation.

Les Donations, quoique pour causes pies, sont sujettes à la disposition de l'Ordonnance, puisqu'elles n'en sont pas exceptées.

Celles faites en faveur de mariage à quelqu'un des conjoints y sont sujettes aussi. L'Ordonnance le décide expressément. La raison de douter auroit pu être que ces Donations, étant comme des conditions du mariage qui auroit pu ne pas se contracter sans cela, ne doivent pas facilement se révoquer. La réponse est qu'il n'est fait par-là aucun tort aux conjoints, qui, connoissant l'état du donateur qui n'avoit pas d'enfants, ont dû sçavoir que la Donation qu'il leur faisoit étoit sujette à la révocation, en cas de survenance d'enfants, & sont censés en avoir voulu courir le risque.

L'Ordonnance fait néanmoins une exception, en assujettissant à sa disposition, *même celles qui auroient été faites en faveur de mariage ;* elle ajoute, *par autres que par les conjoints, ou les ascendants.*

Ces termes, *ou ascendants*, ne font pas trop clairs, ils ne peuvent s'entendre des ascendants des conjoints; car l'ascendant de l'un des conjoints n'est pas sans enfants; & par conséquent la Donation qu'il fait n'a pas besoin d'être exceptée de la Loi qui assujettit à la révocation pour survenance d'enfants, les Donations faites par personnes étant sans enfants. Il faut donc entendre ces termes, *ou ascendants*, ceux mêmes qui feroient par contrat de mariage Donations aux enfants qui naîtroient, dont ils feront ascendants. Le sens de cette Ordonnance est donc : Les Donations sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfants, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entr'eux, ou par les conjoints ascendants à leurs enfants à naître du mariage. La raison de l'exception qu'on a coutume de rapporter est, qu'on ne peut pas dire que les Donations que les conjoints se font en se mariant, soient faites par le motif de la persuasion qu'ils ont qu'ils n'auront pas d'enfants. Au contraire, puisqu'ils se marient, on doit présumer qu'ils comptent en avoir, puisque la procréation des enfants est la principale fin du mariage. Cette raison n'est pas suffisante, car elle s'étendroit aux Donations que les conjoints feroient à d'autres personnes en faveur du mariage. *Putà*, aux enfants de l'autre, ou à leur futur beau-pere. Cependant il paroît que l'Ordonnance n'a excepté que celles que les conjoints se font entre eux, ou aux enfants qu'ils esperent, dont ils feront les ascendants. Il faut donc ajouter à cette raison une autre, qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur, ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.

A l'égard des Donations faites aux enfants à naître du mariage, il est évident que le droit de la révocation établi en faveur des enfants, ne peut être retorqué contr'eux, ni par conséquent avoir lieu pour les Donations qui leur sont faites.

La Donation faite à un Ecclésiastique pour lui servir de titre clérical, est-elle sujette à la disposition de l'Ordonnance? Oui, puisque la Loi est générale, & qu'elle n'en est pas exceptée. On pourroit néanmoins soutenir, pour l'intérêt de l'Eglise, qu'on devroit en laisser la jouissance au donataire, jusqu'à ce qu'il fût pourvû d'un bénéfice, *ne ad dedecus Ecclesiæ clericus mendicare cogatur.*

C'étoit une question avant l'Ordonnance, si la Donation, qui contenoit une clause expresse qu'elle ne pourroit être révoquée pour cause de survenance d'enfants, ne laisseroit pas d'être sujette à cette révocation. On peut dire pour la négative que la Loi, qui ordonne que les Donations seront révoquées par la survenance d'enfants au donateur, est une Loi qui n'a pour objet aucun intérêt public, mais l'intérêt particulier du donateur, auquel la Loi a voulu subvenir. Or, c'est un principe, que les particuliers peuvent par des clauses déroger aux Loix qui n'ont pour objet que l'intérêt particulier de celui qui y déroge; & c'est sur ce fondement que Ulpien dit que, *pacisci contra edictum Ædilium omni modo licet. L. 31. ff. de pact.*

Ajoutez que la Loi, qui ordonne la révocation des Donations, pour

cause de survenance d'enfants, n'est fondée que sur une conjecture & présomption de la volonté du donateur, qui ne donne que parce qu'il compte n'avoir pas d'enfants, & qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir un jour. Or la clause, par laquelle le donateur déclare expressément qu'il entend donner, même dans le cas où il auroit des enfants, fait cesser cette présomption : car c'est une maxime que, *ubi est declaratio voluntatis, non est conjecturis & præsumptioni locus*. La raison de la Loi cesse donc en ce cas, & par conséquent la Loi ne doit pas avoir lieu.

Nonobstant ces raisons qui sont assez fortes, plusieurs Docteurs, dès long-temps avant l'Ordonnance, avoient pensé que cette clause étoit inutile, & qu'elle ne devoit pas empêcher la révocation de la Donation dans le cas de la survenance d'enfants. Les raisons de ce sentiment sont, que cette clause ne détruit pas la présomption sur laquelle la Loi est fondée, que le donateur n'a donné, que parce qu'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants; que s'il a ajouté la clause qu'il entendoit que sa Donation eût lieu, même dans le cas où il lui surviendroit des enfants, c'est qu'il s'abusoit lui-même; & que, ne faisant pas attention à l'inconstance des volontés humaines, & ne s'arrêtant qu'à la disposition présente de la volonté dans laquelle il étoit de ne se pas marier, laquelle il considéroit alors comme invariable, il s'imaginoit qu'il n'auroit jamais d'enfants, & qu'ainsi il ne risquoit rien, en disant qu'il entendoit donner, même dans le cas où il en auroit; mais que sa véritable & secrette disposition étoit que, s'il eût sçu devoir en avoir un jour, il n'auroit pas donné.

Quant à l'objection que chacun peut renoncer à une Loi qui n'est faite qu'en sa faveur, Ricard rapporte deux réponses. La premiere, que la Loi pour la révocation des Donations, en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. La seconde est, que la maxime que chacun peut déroger à une Loi faite en sa faveur, doit s'entendre avec cette limitation; pourvu que, lorsqu'il y déroge, il soit dans le même état, & dans la même position, dans laquelle il sera, lorsqu'il aura droit de se servir de cette Loi introduite en sa faveur, & non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la Loi a voulu lui subvenir. Ainsi un mineur ne peut pas renoncer à la Loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore dans l'état de minorité. Par la même raison, la Loi pour la révocation des Donations, au cas de survenance d'enfants, ayant été faite pour subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants, & se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté, & qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la Loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la Loi a établi en leur faveur; autrement la prévoyance de la Loi deviendroit inutile : car, dans la fausse assurance où ils sont de la persévérance de leur volonté, ils consentiroient sans peine à déroger à la Loi. Or cette clause

de dérogation deviendroit un ſtyle de Notaire, qui rendroit la Loi inutile. On peut encore ajouter qu'il y a même quelque raiſon d'intérêt public qui porte à n'avoir aucun égard à ces clauſes, afin que les Donations ne détournent pas ceux qui les ont faites de contracter mariage, & de donner par ce moyen des Citoyens à l'Etat. Ce ſentiment eſt confirmé par l'Ordonnance de 1731.

§. II.

Que requiert la Loi en la perſonne du donateur, pour que la Donation ſoit ſujette à la révocation par ſurvenance d'enfants.

Ce que la Loi requiert en la perſonne du donateur, pour que la Donation ſoit ſujette à la révocation, pour cauſe de ſurvenance d'enfants, eſt que le donateur n'eût pas d'enfants au temps de la Donation. C'eſt ce qui réſulte des termes de la Loi, *8. cod. de revoc. Donat.* de ceux de l'Ordonnance de 1731; *art. 39. Toutes Donations entre-vifs faites par perſonnes qui n'avoient pas d'enfants ou de deſcendants actuellement vivants dans le temps de la Donation.*

De-là naît une premiere queſtion: la Loi & l'Ordonnance s'étant exprimés au pluriel, la Donation faite par une perſonne qui n'avoit qu'un enfant lors de la Donation, feroit-elle compriſe dans la diſpoſition de la Loi & de l'Ordonnance? On peut dire pour l'affirmative qu'il ſe trouve dans les termes de la Loi, *qui non habet filios*, & que l'article 39 de l'Ordonnance de 1731, s'exprime pareillement au pluriel: *Toutes Donations entre-vifs, faites par perſonnes qui n'avoient point d'enfants*, & que, par conſéquent, la Donation faite par une perſonne qui n'avoit qu'un enfant lors de la Donation, n'eſt pas compriſe dans la diſpoſition de la Loi & de l'Ordonnance, n'ayant pas d'enfants au pluriel, puiſqu'elle n'en a qu'un. Néanmoins il faut tenir la négative; car, dans l'uſage vulgaire de parler, il ſuffit qu'une perſonne ait un enfant, pour qu'on ne puiſſe pas dire qu'elle n'a pas d'enfants. *Non eſt ſine liberis cui unus filius, unave filia eſt: hæc enim enuntiatio habet liberos, non habet liberos, ſemper plurativo numero profertur, ſicut & pugillares & codicilli. L. 148.* ff. *de verb. ſig.* & d'ailleurs il eſt évident que la raiſon de la Loi ne milite, que lorſque le donateur n'a point d'enfants.

On peut demander ſi, avant l'Ordonnance, la Donation faite par une perſonne qui n'avoit qu'un petit-fils, lors de la Donation, étoit compriſe dans la diſpoſition de la Loi, *8. cod. de revoc. Donat.* & ſujette à la révocation par la ſurvenance d'un enfant au donateur. On pouvoit dire pour l'affirmative que celui qui n'a que de petits-enfants, eſt vraiment *filios non habens*, puiſqu'ordinairement, *filiorum appellatione nepotes non continentur.* Il faut néanmoins décider au contraire; car, quoique le terme de fils ne comprenne pas le petit-fils, néanmoins il les comprend quelquefois, ainſi que nous l'apprend une Loi du Titre *de verb. ſig.* dont

voici les termes : *Filii appellatione omnes liberos intelligimus. L.* 84. ff. *de verb. signif.* & cette interprétation doit avoir lieu dans les Loix où ce qui est décidé à l'égard du fils, reçoit une égale application au petit-fils ; ce qui se trouve dans la Loi 8 déja citée : car, de même qu'un donateur, qui a préféré son donataire aux enfants qu'il avoit deja, est censé les avoir préféré à ceux qui lui surviendroient, qui ne doivent pas être pour lui plus chers que ceux qu'il avoit déja, ainsi celui qui à préféré le donataire à son petit-fils, est censé l'avoir préféré à son propre fils qui lui surviendroit ; car l'amour allant toujours en descendant, un grand-pere n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils, dans lequel il se voit revivre, que pour ses propres enfants. Au reste, la question ne souffre plus de difficulté, & est nettement décidée par l'Ordonnance qui dit, *enfants*, ou *descendants*.

C'étoit une question avant l'Ordonnance, si la Donation faite par une personne qui n'avoit pas à la vérité d'enfants, lors de la Donation, mais qui avoit une espérance prochaine d'en avoir par la grossesse de sa femme, dont il avoit connoissance, étoit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Avant l'Ordonnance, j'aurois pensé qu'elle n'y est pas sujette. La raison de la Loi ne paroît pas se rencontrer dans cette espece. On ne peut pas dire que ce donateur ne donne, que parce qu'il compte ne pas avoir d'enfants, & qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir ; car la connoissance qu'il avoit de la grossesse de sa femme, ne permet pas qu'on puisse dire qu'il ne comptoit pas avoir d'enfants. Ajoutez que même, suivant les Loix, un homme n'est pas censé absolument sans enfants, lorsque sa femme est grosse, suivant cette regle : *Si quis uxorem prægnantem relinquat ; non videtur sine liberis decessisse.*

Nonobstant ces raisons, l'Ordonnance décide le contraire, *art.* 40. qui porte que la révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur fût conçu au temps de la Donation. La raison en est que celui dont l'enfant n'est pas encore né, n'a pas encore senti la tendresse que la nature inspire aux peres pour leurs enfants. C'est pourquoi la Loi présume, qu'en préférant alors dans ses biens un étranger à ses enfants, il paroît ne pas sçavoir ce qu'il fait, & il ne l'auroit pas fait si son fils eût été né, & qu'il eût éprouvé ces sentimens de tendresse que les peres ont pour leurs enfants. C'est pourquoi la Loi juge à propos de subvenir en ce cas à son erreur, & de lui accorder le droit de révoquer sa Donation. La Loi permet à la vérité aux peres de préférer, dans une partie de leurs biens, des étrangers à leurs enfants, quoique ces biens soient, par le vœu de la nature, destinés à leurs enfants, parce qu'il peut y avoir quelquefois de bonnes raisons pour cela. Mais elle ne veut pas qu'ils accordent aux étrangers cette préférence inconsidérément, & elle répute cette préférence suspecte d'inconsidération, & faite sans assez de connoissance de cause, lorsqu'un pere donne à des étrangers avant que d'avoir senti ce que c'est que d'être pere.

Ce que nous avons décidé pour la Donation faite par le pere dont la

femme étoit grosse, a pareillement lieu pour celle faite par la femme durant sa grossesse.

Observez que lorsque la Loi dit : *Filios non habens ;* & l'Ordonnance, *personnes qui n'avoient pas d'enfants ;* la Loi & l'Ordonnance n'entendent parler que des enfants légitimes ; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfants, & appellés aux biens de leurs peres. C'est pourquoi la Donation n'en sera pas moins sujette à la révocation par survenance d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards lors de la Donation.

Quelquefois même l'existence d'un enfant, au temps même de la Donation, n'empêche pas qu'elle ne soit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Cela a lieu.

1° Si l'enfant qui existoit lors de la Donation, étoit absent de longue absence, & qu'on le crût perdu. Car par rapport aux motifs sur lesquels la Loi est fondée, il est égal de n'avoir point d'enfants, ou d'en avoir sans le sçavoir. Il faut en ce cas que l'enfant prouve l'erreur du donateur.

2°. On pourroit peut-être soutenir qu'il en seroit de même, si l'enfant, qui existoit lors de la Donation, s'étoit rendu indigne de l'amitié de son pere par quelques-unes des causes qui méritent l'exhérédation ; car c'est égal de n'avoir pas d'enfants, ou d'en avoir, dont la conduite nous ait fait perdre envers eux les sentiments que la nature inspire.

Cela peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Ricard ajoute un troisieme cas : sçavoir, lorsqu'un homme d'une maison illustre, au temps de la Donation, n'avoit que des filles, & qu'il a fait une Donation à l'un de ses parents de même nom, de mêmes armes, je pense (dit-il) que la Donation est révocable par la survenance d'un enfant mâle au donateur, y ayant lieu de présumer dans cette espece que le donateur n'a fait cette Donation, que dans la vue de soutenir le lustre de sa maison, parce qu'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants mâles qui pussent le soutenir, & qu'il étoit dans la disposition de ne pas donner, s'il eût cru en avoir. Ce sentiment de Ricard paroît assez conforme à l'esprit de la Loi.

§. III.

Quelle espece de survenance d'enfants donne lieu à la révocation ?

La donation faite par une personne qui n'avoit pas alors d'enfants, est révoquée par quelque maniere que ce soit qu'il en survienne au donateur.

Elle est donc révoquée, non-seulement s'il naît un enfant à ce donateur, mais encore si, depuis la Donation, l'enfant, que l'on croyoit perdu lors de la Donation, revient, ou que l'on reçoive de ses nouvelles.

En est-il de même, si un enfant Jésuite est congédié de la Société avant

avant trente-trois ans ? Ce dernier cas souffre difficulté ; car le donateur pouvoit prévoir que son fils pourroit être congédié.

Pareillement, si un bâtard, que le donateur avoit lors de la Donation, devient légitime, depuis la Donation, par le mariage que le donateur contracte avec sa mere, c'est une espece de survenance d'enfant qui donne lieu à la révocation de la Donation. Ordonnance, *art.* 39. On avoit néanmoins jugé le contraire avant l'Ordonnance. Il y en a un Arrêt dans Soefve III. 14. Toute autre sorte de légitimation n'a pas cet effet. *Ibid.*

La survenance d'un petit-enfant feroit-elle révoquer la Donation? La raison de douter, c'est que l'Ordonnance ne parle que de la survenance d'un enfant, & que ce terme ne comprend pas toujours les petits-enfants. La raison de décider est que si le terme d'enfants ne comprend pas toujours les petits-enfants, il les comprend, lorsqu'il y a entiere parité de raison de décider, à l'égard des petits-enfants, ce qui l'est pour les enfants. Or, c'est ce qui se trouve ici ; car la Loi est fondée sur l'affection qu'on a pour ses enfants ; & celle que nous avons pour nos petits-enfants, étant la même, & souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfants, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, parce que l'amour va en descendant, il s'ensuit que la survenance des petits-enfants doit également donner lieu à la révocation de la Donation, comme celle des propres enfants, & que l'Ordonnance a compris les uns & les autres sous le terme d'enfants.

On avoit demandé avant l'Ordonnance, si la naissance d'un posthume, c'est-à-dire, d'un enfant né après la mort du donateur, pouvoit donner lieu à la révocation de la donation. La raison de douter étoit que le donateur ne pouvoit pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa Donation. L'Ordonnance a décidé pour l'affirmative. La raison de décider est que, dans les contrats, les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat, d'où il suit que, quoique la condition de la survenance d'enfants, sous laquelle le donateur s'étoit tacitement réservé le droit de rentrer dans les choses données, n'ait existé qu'après la mort, néanmoins, au moyen de l'effet rétroactif qu'on lui donne, le droit est censé lui en avoir été acquis dès le temps du contrat.

§. IV.

Comment se révoquent les Donations par la survenance des enfants ; & de l'effet de cette révocation ?

L'Ordonnance, *art.* 39, dit que les Donations demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'enfants.

D'où il suit que, dès le temps & instant de la survenance d'un enfant, le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données ; & en

conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert & formé de les répéter.

Ce droit n'est pas l'action de revendication; au moins ce n'est pas celle qu'on appelle directe & proprement dite. Quoique le donataire n'ait plus aucun titre pour retenir les choses données, il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire, jusqu'à ce qu'il les ait restituées au donateur; car la propriété, qui lui en a été transférée par la tradition, ne peut retourner au donateur, que par la même voie d'une tradition que le donataire est tenu de lui en faire.

Cette action est donc plutôt l'action personnelle, qui est appellée en Droit, *condictio sine causâ*, par laquelle nous répétons les choses que quelqu'un a acquises de nous, lorsque la cause, pour laquelle il l'avoit acquise, a cessé, & est détruite. Voyez sur cette action le Titre *de condictione sine causâ*, dans nos Pandectes.

On pourroit peut-être aussi dire que le donateur a, en ce cas, l'action *utile in rem*, parce que le titre de Donation, par laquelle il a aliéné la chose, étant détruit, il est regardé comme ne l'ayant pas aliéné, & comme en étant, en quelque façon, propriétaire, non pas à la vérité *subtilitate juris*, mais *affectu*, eu égard au droit qu'il a d'y rentrer.

Quelle que soit l'action que le donateur a pour recouvrer, en ce cas, les choses données, cette action a lieu non-seulement contre le donataire, mais contre les tiers qui l'auroient acquise du donataire. Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle personnelles, *in rem scriptæ*, qui suivent le possesseur; quoique le demandeur *non intendat rem suam esse;* en quoi elles different de l'action réelle : *Sed sibi dari, seu restitui oportere.*

La raison en est, que la condition de révocation, en cas de survenance d'enfants, étoit inhérente au titre de Donation, & affectoit la chose donnée même; de maniere que le donataire ne la possédoit, & n'en étoit propriétaire qu'à cette condition, *cum hac causâ*; & comme, en l'aliénant, il n'a pas pu transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires & possesseurs, qu'à la condition, & à la charge de l'action révocatoire, en cas de survenance d'enfants.

L'effet de cette action, lorsqu'elle est donnée contre le donataire, est qu'il est tenu de rendre la chose au donateur, avec les fruits du jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée, quoique la demande en révocation n'ait été donnée que depuis ladite notification, *Art. 41.*

La raison en est, que le titre de Donation ayant été détruit de plein droit par la survenance d'enfants, dès ce temps le donataire s'est trouvé sans titre pour retenir la chose, &, par conséquent, sans titre pour en percevoir les fruits. Ajoutez que c'est une regle commune à toutes les actions par lesquelles nous demandons la restitution d'une chose qui nous a appartenu; que les fruits doivent nous être rendus, ainsi que nous

l'avons vu au Titre *de usuris*, suivant la Loi 38. §. 1er. & *seq.* ff. *de usur.* & la Loi 173. §. 1er. ff. *de regulis Juris.*

Ils ne doivent pourtant point être restitués précisément du jour de la survenance d'enfants, mais seulement du jour qu'elle a été notifiée au donataire : car quoique, dès le temps de la survenance d'enfants, il soit sans titre pour retenir la chose donnée, néanmoins la bonne foi dans laquelle il est, tant qu'il ignore cette survenance, lui tient lieu de titre, & lui donne également le droit de percevoir les fruits, comme si son titre subsistoit encore; car, *in omnibus Juris partibus, justa opinio æquipollet titulo.* Il ne peut être tenu de rendre les fruits, avant que d'être tenu de rendre la chose; & il ne peut être tenu de rendre la chose, que du jour qu'il sçait que la survenance d'enfants a détruit le titre, en vertu duquel elle étoit à lui.

Observez qu'il n'est censé avoir eu la connoissance de la survenance d'enfants, que du jour qu'elle lui a été notifiée par un exploit, ou autre acte en bonne forme; & c'est pour cela que l'Ordonnance, *art. 41*, ne l'oblige à la restitution des fruits que de ce jour.

Le donateur ayant cette voie juridique d'assurer la connoissance du donataire de la survenance d'enfants, doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, & n'est pas par conséquent recevable à prouver par d'autres voies que le donataire a eu cette connoissance.

Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur, à qui le donateur a vendu la chose, sans lui donner par l'acte connoissance de la Donation, il ne suffit pas en ce cas, pour qu'il soit tenu à la restitution des fruits, que la survenance d'enfants lui soit notifiée, il faut, outre cela, que le donateur, qui veut rentrer dans les choses données, lui donne copie de la Donation.

Lorsque le donateur, en vertu de l'action révocatoire pour cause de survenance d'enfants, rentre dans les héritages par lui donnés, il les reprend sans aucune charge d'hypotheque, servitude & autres charges réelles, que le donataire & ses successeurs pourroient y avoir imposées. *Art. 42.* La raison en est, que le donataire & ses successeurs n'ont pas pu accorder à ceux, à qui ils ont accordé ces sortes de droits, un droit plus fort que celui qu'ils avoient eux-mêmes. *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet.* Par conséquent, le droit de propriété qu'avoient le donataire & ses successeurs, n'étant pas un droit de propriété entiérement irrévocable, mais un droit sujet à se résoudre par la survenance d'enfants, les droits de servitude, d'hypotheque & autres qu'ils ont pu accorder, doivent être pareillement résolubles par le même cas de survenance d'enfants, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Cette décision ne souffre aucune exception; quelque favorables que soient les causes de la dot ou du douaire d'une femme, la femme du donataire ne conserve aucune hypotheque subsidiaire sur les biens donnés à son mari, le cas avenant de la survenance d'enfants : & cela a lieu,

quand même cette Donation auroit fait partie de son contrat de mariage. *Art. 42.*

L'Ordonnance a été encore plus loin : elle ajoute audit article, que sa disposition aura lieu, quand même le donateur se seroit, par la Donation, obligé, comme caution, a l'exécution du contrat de mariage. La raison en est, que l'obligation du donateur est elle-même une Donation qui doit se révoquer par la survenance d'enfants; & que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservoit quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce seroit de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer sa Donation; cè qui n'est pas permis, suivant l'*art. 44.*

§. V.

Quelles fins de non-recevoir peut-on, ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de Donation, pour cause de survenance d'enfants.

On peut opposer contre la demande en révocation de Donation, pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions.

Le temps de cette prescription ne peut courir que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant; car ce n'est que de ce jour que le droit de révoquer la Donation est ouvert; & la prescription ne peut pas courir contre un droit, avant qu'il existe, & soit ouvert. S'il étoit né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer seroit-il prescrit trente ans aprés la naissance du premier, ou bien seulement trente ans aprés la naissance du dernier? Il sembleroit que ce devroit être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, & par conséquent le droit de la prescription a commencé à courir. L'Ordonnance, néanmoins, *art. 45*, décide que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est, que chaque enfant qui survient au donateur, lui donne un nouveau droit de révoquer la Donation. C'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant, est prescrit par le laps des trente années depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier.

On fera peut-être cette objection. Le donateur ayant acquis, par la naissance du premier enfant, le droit de révoquer la Donation, la naissance des autres ne peut plus lui rien faire acquérir; car ce que j'ai une fois acquis, & qui est à moi, ne peut plus le devenir davantage. *Quod meum est, ampliùs fieri meum non potest.* Je réponds que cette maxime est ici mal appliquée, & qu'il faut distinguer entre le droit de propriété & le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose, je ne peux plus le devenir davantage, en vertu de quelqu'autre cause que ce soit.

C'est en ce sens que l'on dit : *Quod meum est, meum ampliùs fieri non potest.*

Mais, lorsque je suis créancier d'une chose, rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose, *ex aliâ causâ.*

Suivant ces principes, quoique le donateur fût déja devenu, par la survenance de ce premier enfant, créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il ne puisse devenir de nouveau créancier de la restitution des mêmes choses, par la survenance du dernier, & que la créance qu'il avoit par la naissance du premier, étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester.

Ce que nous disons, que le droit de révoquer pour cause de survenance d'enfants, ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance, a lieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données. Ordonnance de 1731, *art.* 45; car la raison, qu'on ne peut prescrire contre un droit, avant qu'il soit ouvert, milite également à l'égard du tiers détenteur, comme à l'égard du donataire lui-même.

C'étoit une question avant l'Ordonnance, si le donateur étoit recevable à demander la révocation de la Donation après la mort de l'enfant, dont la naissance avoit donné lieu au droit de la révoquer. Ricard pensoit qu'il n'y étoit pas recévable; & il rapporte des Arrêts qui l'avoient jugé. On dit pour ce sentiment que l'existence de cet enfant étant la cause qui a donné lieu au droit de révoquer la Donation, cette cause venant à cesser par la mort de cet enfant, le droit de révoquer la Donation qui en étoit l'effet, devoit aussi cesser. *Cessante causâ, cessat effectus.*

L'Ordonnance, *art.* 43, a décidé au contraire qu'il y étoit recevable, parce que la Donation ayant été une fois détruite, elle ne peut plus revivre. Le droit de rentrer de plein droit dans les choses données, ayant été une fois acquis au donateur, la mort de l'enfant ne peut pas le lui faire perdre.

Quant à ce qui concerne les raisons alléguées pour le sentiment contraire, la réponse est que ce raisonnement confond la cause avec le moyen. La cause qui a produit le droit de révoquer la Donation, est la cause virtuellement & implicitement inhérente au contrat de Donation, que la Donation demeureroit révoquée en cas de survenance d'enfants. La naissance de l'enfant a fait exister la condition, dont cette clause dépendoit : mais c'est proprement la clause inhérente au contrat de Donation, qui a produit l'effet de la révocation de la Donation. La naissance de l'enfant n'est que la condition de cette clause, & le moyen par lequel cette clause a produit son effet; & la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, & y ayant eu, en conséquence, ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

C'étoit aussi une question avant l'Ordonnance, si le donateur étoit recevable dans la demande en révocation de la Donation, lorsque, depuis la survenance d'enfants, il l'avoit approuvée, soit expressément, soit taci-

tement. *V. G.* en permettant, depuis la survenance d'enfants au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'Ordonnance, *art. 43*, déclare de nul effet ces confirmations soit expresses, soit tacites. La raison est que la Donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfants, elle n'existe plus. Or ce qui n'est plus, ne peut pas être confirmé: c'est pourquoi elle ordonne que le Donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire, que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

ARTICLE III.

De la révocation des Donations, pour cause d'ingratitude.

La Loi derniere, *codice de revoc. Donat.*, décide que les Donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de Donation une clause tacite pour la résolution de la Donation, en cas d'ingratitude: ce cas ne peut pas être supposé; car, lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des Donations, de dire que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractere de malice, commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractere particulier de malice, qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particuliere; & il n'y en a pas de plus naturelle, que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé.

§. I.

Quelles sont les causes d'ingratitude, qui peuvent donner lieu à la révocation de la Donation?

La Loi derniere, au code *de revocandis Donat.* que nous avons déjà citée, rapporte cinq causes d'ingratitude. La premiere est, *si injurias atroces effundat.* Il suit de ce mot, *atroces*, que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur, ne donnent pas lieu à la révocation; il n'y a que celles qui sont atroces.

Pour qu'une injure soit atroce, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne, peut être une injure atroce à l'égard d'un Ecclé-

siastique, d'un Magistrat, d'une personne du sexe, & ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits circonstanciés. Ainsi il ne suffiroit pas que le donataire dit en général que le donateur est un fripon, un libertin, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés & circonstanciés de friponnerie & de libertinage. La raison en est, que les injures vagues font fort peu d'impression, & ne font, tout au plus, que jetter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

On demande s'il y a lieu à la révocation de la Donation, non-seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies? Ricard dit qu'oui: J'y trouve de la difficulté; car quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, & que ce soit pécher contre la charité que de revéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, & que cette médisance acquiert un nouveau degré de malice, lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnoissance; néanmoins le coupable ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance, ne me paroît pas recévable à s'en plaindre, ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la Loi 18. ff. *de injur.* ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais, *qui nocentem infammavit, non est bonum & æquum, ob eam rem condemnari.* Par la même raison, la Loi 14. *de bon. liber.* §. *fin.* dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui étoit vrai. Au reste, la question ne reçoit gueres d'application dans la pratique; car quelques vrais que puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, & le donataire ne seroit pas recevable à en demander la preuve. C'est pourquoi il y auroit toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat* dont se sert la Loi, que pour qu'il y ait lieu à la révocation de la Donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux personnes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués & rendus publics.

La seconde cause est, *si manus impias inferat*, comme si le donataire avoit donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non-seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre. *Nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

La troisieme cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat.* Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si par les bruits qu'il avoit semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui étoit un marchand, & par-là ruiné sa fortune; s'il l'avoit fait révoquer d'un emploi dont il subsistoit.

Seroit-ce une cause suffisante pour révoquer la Donation, s'il lui avoit fait manquer un mariage avantageux? Il semble que non, car la Loi

parle du cas ou le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens; mais en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

La quatrieme cause, *si vitæ periculum aliquod ei intulerit*. Comme s'il lui avoit préparé du poison; s'il avoit été l'attendre pour le tuer.

La cinquieme cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit*. Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit, n'est pas reçu parmi nous; car l'Ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur allégueroit en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposeroit n'avoir été faites que verbalement lors de la Donation, & n'avoir pas été insérées dans l'acte de Donation. Car le donataire en seroit quitte pour les nier, & le donateur suivant la disposition de l'Ordonnance, ne seroit pas recevable à les justifier.

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter, opere la résolution de la Donation; mais un simple refus ne suffit pas pour cela: il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, & qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la Donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute par le donataire, d'avoir satisfait, il sera déchu de la Donation, &, en conséquence, condamné à la restitution des choses données.

Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la Loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation, qu'il peut y en avoir d'autres, qui sont laissées à l'arbitrage du Juge, lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitude que celles énoncées en la Loi.

C'est aussi un sentiment assez suivi, que lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation, dont il est parlé dans le Code Justinien, sont autant de causes à son égard, pour révoquer les Donations qui lui ont été faites par ses pere & mere.

C'est aussi une opinion fort plausible, que celle de ceux qui pensent que si le donateur étoit tombé dans une extrême indigence, qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre, & de pouvoir en gagner, le refus d'aliments, que lui feroit le donataire d'une portion considérable de ses biens, devroit être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable pour le faire déchoir de sa Donation. C'est un devoir naturel du donataire de donner des aliments à son bienfaiteur dans le cas de nécessité, lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir, que les Loix ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments.

Si les Loix n'ont pas permis au donataire de manquer à ce devoir naturel, avant que la Donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition: l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne

ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible, que d'admettre le donateur d'une universalité des biens, ou d'une portion considérable, à demander des alimens au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possede des choses données.

§. II.

Par qui, & envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la Donation?

Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la Donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense. Celle faite par le tuteur, par le pere & gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la Donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu : lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

Le mari & le Titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données? Je ne le pense pas; car, ni le mari, ni le Titulaire ne sont pas donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, & non, en aucune maniere, par la peine de la révocation de la Donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre Traité des Fiefs, que l'offense commise par un mari, ou par un Titulaire d'un Bénéfice, envers le Seigneur du Fief, étoit punie par la privation du droit de jouir de ce fief, qu'avoit, soit le mari, soit le Titulaire. La raison de différence, est que le mari est vassal pour les propres de sa femme; le Titulaire d'un Bénéfice est vassal pour les fiefs de son Eglise, & par conséquent ils sont sujets aux peines des vassaux. Mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le Titulaire donataire des biens donnés à son Eglise; & par conséquent ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la Donation, quand même il seroit mineur; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat :* & ailleurs, *ætati & imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur.*

Pour qu'il y ait lieu à la révocation des Donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfans ou autres héritiers, n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la Loi premiere, *cod. de revocand. Donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantùm, qui liberalitatem dederint : cæterùm, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté, lorsque l'offense est commise après la mort du donateur, envers ses enfans ou sa veuve; car n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut réjaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

Mais y auroit-il lieu à la révocation de la Donation, si l'injure avoit été faite du vivant du donateur, à sa femme ou à ses enfans, puisque telle injure réjaillit sur la personne du donateur, & est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne *Institut. titulo de injur.* §. 2°. *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme & à nos enfans, soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne, ne nous est pas si grieve, que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui, faites à notre propre personne, donneroient lieu à la révocation de nos Donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme ou de nos enfans, n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement grieves.

L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire, pourroit être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la Donation, si, par exemple, un donataire se rendoit calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un crime pour lequel on fît le procès à sa mémoire; ou si, par fanatisme, il le privoit de la sépulture.

§. III.

Quelles Donations sont sujettes à la révocation, pour cause d'ingratitude?

Les Donations, quoique faites en faveur de mariage, sont sujettes à cette révocation.

Les rémunératoires, & les onéreuses y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excedent le prix des services ou des charges.

Les mutuelles, si nous suivons le sentiment de Ricard, n'y sont pas sujettes. On a jugé, par Arrêt du 18 Décembre 1714, rapporté au 6e Tome du Journal des Audiences, qu'elles y étoient sujettes. La raison est que, dans les Donations mutuelles, on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement, y entre pour quelque chose; en quoi ces Donations différent des contrats aléatoires. C'est pourquoi elles exigent de la gratitude; & elles doivent être révocables, lorsque le donataire manque à ce devoir.

Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes, lorsqu'elles n'ont pas été faites par principes de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement; autrement elles y sont sujettes.

La Donation pour le Titre Clérical n'y est pas sujette, à moins que le donataire ne fût pourvu d'un Bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude, contient une espece de commise des choses données au profit du donateur. Or, c'est une maxime, que ce qui ne peut s'aliéner, ne peut se commettre; d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable, tant que le Clerc n'est pas pourvu d'un Bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

Nec obstat ce que nous avons dit ci-dessus, que le mineur pouvoit commettre les choses à lui données, pour cause de son ingratitude. La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur; de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit, au lieu que le titre clérical est inaliénable, non-seulement en faveur de l'Ecclésiastique, mais en faveur de l'Eglise.

Que si l'offense commise par le Clerc donataire, étoit telle qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile, ou de la dégradation, en ce cas la personne n'appartenant plus à l'Eglise, rien n'empêcheroit la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

§. IV.

De l'effet de la Révocation pour cause d'ingratitude.

L'effet de la révocation, pour cause d'ingratitude, est très-différent de celui de la révocation pour survenance d'enfans. La clause pour survenance d'enfans, étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de Donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessariâ, & antiquâ Donationi sive contractui inexistenti*, il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble, au cas de la survenance d'enfans, il n'a pu transférer à aucun autre, qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition; d'où il suit :

1°. Que l'action en révocation, pour cause de survenance d'enfans, a lieu contre les tiers détenteurs.

2°. Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypotheques & autres droits réels que le donateur y auroit imposés.

Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude, ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ*, & en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit :

1°. Que les tiers-détenteurs ont acquis un droit absolu, & non sujet à se résoudre par l'ingratitude du donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne & inhérente au contrat, & par conséquent n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne seroit pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs : & comme la révocation pour cause d'ingratitude,

n'a lieu que pour punir le Donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2°. Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitudes, hypotheques & autres droits réels que le donataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la Loi 7, *cod. de revoc. Don.* qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le donataire, avant la litis-contestation (dans nos mœurs avant la demande), seront valables, & dont voici les termes : *Ante inchoatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus.*

A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la Donation de ces choses, il arrive qu'elles deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données, que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il, au moins, demander la restitution du prix, dont le donataire se trouveroit enrichi au temps de la demande du donateur? Dumoulin pense qu'il le peut, que ces termes de la Loi 7, *cod. de revocand. Donat.* que nous avons citée : *Quidquid is ex Donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue, & comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non-seulement immédiatement & directement, mais même médiatement. Cette interprétation paroît un peu forcée; c'est pourquoi Ricard pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale, telle qu'est celle-ci, doit être renfermée dans ses termes. Or, le sens oblique de ceux-ci, *quidquid Donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, & non pas ce que le donataire a acquis du prix de ces choses; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possede *Donationis titulo.*

Il y auroit plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin, à l'égard des choses qui auroient été échangées pour celles données, parce que l'échange produit une subrogation. Néanmoins Ricard pense que même la chose reçue en échange pour la chose donnée, n'est point sujette à la révocation, parce que la Loi a voulu seulement que ce qui étoit le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat; ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée; qu'il en est de cette révocation, comme de la commise pour félonie, qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, & de même qu'il n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

Que doit-on dire, si c'est de l'argent qui a été donné? Comme l'argent est de nature à être employé aussi-tôt qu'il est reçu, & à ne pas demeurer en nature, il paroîtroit suivre de nos principes, que les Donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourroient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considere pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il possede une augmentation de valeur dans ses biens, causée par la Donation qui lui a été faite; & qu'en ce cas, il y a lieu à la répétition de cette somme, & on pourroit dire la même chose de toutes les choses fungibles.

Si on a donné un fonds de boutique, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses, ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étoient lors de la Donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, & qu'ainsi, elle est révocable jusqu'à concurrence néanmoins de sa valeur, lors de la Donation.

L'action de révocation pour cause d'ingratitude, étant une action en réparation d'injure, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, & non pas à ses héritiers, & qu'elle ne peut avoir lieu non plus que contre la personne du donataire, & non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la Loi 7, *cod. de revocand. Donat. actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.*

Néanmoins, si la demande a été une fois donnée contre le donataire, & qu'il meure pendant l'instance, elle peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette regle de Droit. *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent. L.* 139, ff. *de reg. Juris.*

Par le Droit Romain, il falloit pour cela qu'il y eût *litis contestatio;* mais selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela, & équipolle à la litis-contestation.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourroit en un cas donner l'action en révocation de Donation, pour cause d'ingratitude, savoir si le donateur n'avoit pu la donner, & que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur.

§. V.

Quelles fins de non recevoir sont admises contre cette action?

L'action en révocation de Donation pour cause d'ingratitude, étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions; ainsi l'action d'injures étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an.

Néanmoins si l'injure consistoit dans un crime dont la poursuite peut se faire pendant vingt ans, le donateur pourroit, pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la Donation.

C'est aussi par une suite de nos principes, que la demande en révocation de la Donation pour cause d'ingratitude, cesse d'avoir lieu, lorsque le donateur a donné des marques de reconciliation, car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, & par conséquent cette action qui en est la suite.

ARTICLE IV.

Du Droit de Retour.

Le Droit de retour qui a lieu dans les Parlemens de Droit écrit, contient une espece de résolution des Donations.

Ce Droit de retour tire son origine du Droit Romain, suivant lequel la dot profectice retournoit par la mort de la femme à celui qui l'avoit donnée.

On appelloit dot profectice celle que le pere de la fille ou quelque ascendant du côté paternel avoit fournie de son bien au mari pour la dot de la fille. La dot étoit profectice, soit que la fille fût sous la puissance de son pere, soit qu'elle fût émancipée, & ce droit de retour avoit lieu par la mort de la fille, même, dans le cas où elle auroit laissé des enfans de ce mariage, sauf que le mari avoit droit d'en retenir quelque portion. Voyez à ce sujet notre Titre *de jure dot. sect.* 1, & notre Titre *soluto matrim. num.* 1°. *dans nos Pandectes.*

Sur ce fondement, les Interpretes ont établi le droit de retour qui a lieu à présent dans tous les Parlemens de Droit écrit, & qui seroit un droit fort inconnu aux Jurisconsultes Romains, s'ils revenoient au monde.

A l'exemple de la dot profectice qui, par la mort de la fille, retournoit au pere ou autre ascendant paternel qui l'avoit fournie, ils ont décidé que toutes les choses données aux enfans, à quelque titre que ce soit par les ascendans, non-seulement du côté paternel, mais même par la mere & les ascendans du côté maternel, devoit retourner au donateur par la mort du donataire. Le Parlement de Toulouse a même étendu cette Jurisprudence à ce qui étoit donné par de proches parens collatéraux, comme par des oncles.

Quoique le retour de la dot profectice eût lieu, même en cas d'enfans, néanmoins, comme cela n'étoit pas bien nettement décidé par les textes qui sont dans le corps du Droit Romain, & que ce n'est que par les fragmens d'Ulpien découverts dans le XVIe siecle que nous avons appris à ne pouvoir douter que le retour de la dot profectice auroit lieu, même en cas d'enfans; les anciens Jurisconsultes, fondateurs de la Jurisprudence du Droit de retour des choses données, ont décidé que

ce droit de retour n'auroit lieu que lorsque le donataire mourroit sans enfans, sauf néanmoins que si ces enfans du donataire venoient à mourir sans enfans, il y auroit lieu au droit de retour.

Enfin, comme le fonds de la dot profectice retournoit au pere sans aucune charge d'hypotheques, servitudes & autres droits réels que le mari auroit pu y imposer, à cause de la Loi *Julia* qui défendoit toute aliénation & engagement du fonds dotal : ces Interpretes fondateurs de la Jurisprudence du droit de retour, ont décidé que les choses données devoient pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour qui est de la pure invention des Interpretes, n'a pas été reçu par le Parlement de Paris, pour les Provinces de son ressort qui sont régies par le Droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard ; à plus forte raison il n'a pas lieu dans les Pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendans du donataire succedent aux choses qu'ils ont données à leurs enfans qui meurent sans enfans. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, & nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

ARTICLE V.

Du retranchement des Donations pour la Légitime des enfans.

Les Donations entre-vifs sont sujettes au retranchement, lorsqu'à la mort de celui qui les a faites, il ne se trouve pas dans les biens qu'il laisse, de quoi fournir la légitime de ses enfans.

La légitime est une portion de la part qu'auroit eue un enfant dans les biens de ses pere, mere, ou autres ascendans, s'ils n'en avoient pas disposé par des Donations, soit entre-vifs, soit testamentaires.

Cette portion, suivant le Droit du Digeste, étoit le quart ; suivant le Droit des Novelles, c'est le tiers, quand le nombre des enfans ne passe pas quatre, & la moitié lorsque le nombre passe quatre.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans reglent cette portion à la moitié.

C'est une question qui n'est pas bien décidée, si dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas, elle doit être réglée suivant la Novelle, ou suivant la Coutume de Paris. J'aimerois à croire qu'on doit plutôt, dans cette espece, suivre la Coutume de Paris, qui, contenant les usages de la Capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres Coutumes, que les Loix Romaines qui ne sont qu'adoptives.

C'est la Loi du domicile du défunt, qui regle la légitime sur toutes les especes de biens qui n'ont aucune situation, tels que les meubles, les rentes, &c. Celles sur les héritages & droits réels se reglent par la Loi du lieu où ils sont situés.

§. I.

Quels Enfans peuvent demander la Légitime?

Il résulte de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfans qui sont habiles à succéder, & qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime.

Par la même raison, la fille dotée, qui, par son contrat de mariage, a renoncé à la succession de son pere, ou qui, par la disposition particuliere des Coutumes où sont les biens de son pere, en est de droit exclue, en conséquence de la dot qu'elle a reçue, ne peut demander sa légitime.

Si le pere avoit des biens situés en différentes Coutumes, la fille dotée, exclue de la succession des biens qui sont situés dans une Coutume qui a cette disposition, étant habile à succéder à ceux qui sont situés en d'autres Coutumes qui n'ont pas pareille disposition, seroit par conséquent recevable à demander sa légitime sur lesdits biens, si son pere en avoit disposé au préjudice de sa légitime.

De-là naît une question, si en ce cas elle devra précompter, sur la légitime qu'elle demande, la dot qu'elle a reçue? Je pense qu'elle doit être censée avoir reçu cette dot en avancement du droit qu'elle avoit de succéder à tous les biens de son pere, quelque part qu'ils fussent. Par conséquent, elle précomptera sur sa légitime une portion de sa dot, en raison égale de ce que les biens, dont elle n'est pas exclue, sont au total des biens du défunt. *Finge*, le pere de cette fille avoit les deux tiers de son bien dans une Coutume qui exclut les filles dotées de la succession, & l'autre tiers dans une Coutume qui n'a pas une pareille disposition. Sa fille sera censée avoir les deux tiers de sa dot, pour lui tenir lieu de son droit de succéder, dans la Coutume où elle est exclue, & l'autre tiers en avancement de succession des autres biens; & par conséquent, elle ne précomptera que le tiers sur la légitime qu'elle demande dans les autres biens.

Au reste, la fille n'est exclue du droit de succéder, ni par conséquent du droit de demander sa légitime, que lorsqu'elle a reçu la dot qui lui a été constituée. C'est pourquoi, Lebrun décide fort bien contre le sentiment de Papon, que si un pere avoit promis seulement une dot exigible après sa mort, la fille ne seroit pas exclue de la succession, ni en vertu des Coutumes, ni en vertu de la renonciation qu'elle auroit faite. Car, ce n'est que la fille dotée qui est exclue, & elle ne l'est pas lorsqu'elle n'a rien reçu.

Il y a plus de difficulté, si la dot étoit exigible, & que le gendre, lors de la mort de son beau-pere, ne s'en fût pas fait payer, parce que n'ayant tenu qu'à lui de s'en faire payer, & les intérêts en ayant couru, la fille doit passer pour dotée; néanmoins même en ce cas, Lebrun pense que la fille n'est exclue, ni de la succession, ni par conséquent de la légitime.

Ricard

Ricard pense que l'enfant ne peut demander sa légitime, qu'il n'ait accepté la succession au moins sous bénéfice d'inventaire; car la légitime étant *legitima pars hæreditatis*, comme le définissent les Loix, la demande en légitime est une espece de pétition d'hérédité qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier. Plusieurs pensent au contraire qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier pour demander sa légitime; mais tous conviennent que s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. C'est pourquoi, si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné, que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; & en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frere, qu'il renverra contre les donataires précédens.

Il reste à observer que la demande en légitime passe aux héritiers des enfans à qui elle appartient, quand même ils ne l'auroient pas formée de leur vivant. Leurs créanciers sont aussi admis à la former.

§. II.

Des Donations qui sont sujettes au retranchement de la Légitime.

Les donations faites avant que le légitimaire fût au monde, sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? La raison de douter est, que l'obligation naturelle que contracte le pere envers ses enfans, & dans laquelle consiste le droit de légitime, ne peut pas être censée contractée avant que l'enfant fût au monde, parce que toute obligation suppose une personne existante envers qui le débiteur s'oblige.

On ne peut donc pas dire que la Donation faite avant la naissance de l'enfant, soit faite au préjudice & en fraude de la légitime, puisque la légitime n'étoit pas alors due, & que l'obligation naturelle sur laquelle elle est fondée n'étoit pas alors contractée.

Nonobstant ces raisons, il est certain que les Donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant qui demande sa légitime, y sont sujettes; le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens, non-seulement aux enfans que nous avons déjà, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite; &, de même que les aliénations faites par celui qui auroit été chargé d'un fidéicommis envers ses enfans à naître, ne laisseroient pas de pouvoir être révoquées par ses enfans à naître, comme faites au préjudice du fidéicommis, quoiqu'elles eussent été faites avant la naissance de ces enfans; de même, ces Donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant légitimaire, doivent être sujettes au retranchement de la légitime de cet enfant, comme faites au préjudice du droit

naturel qui contient comme une espece de fidéicommis, dont la nature nous charge envers eux.

Les Donations, quoique faites à l'Eglise, aux Hôpitaux, & quelque favorables qu'en soient les causes, sont sujettes au retranchement de la légitime; car la légitime est une dette. Or, on ne peut pas faire de Donation, quelque favorable qu'elle soit, au préjudice de ce qu'on doit.

Les dots des filles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime, du vivant du gendre, & pendant que la communauté dure? La raison de douter est, qu'encore que la dot soit, à l'égard de la fille, une Donation que lui fait son pere, il semble qu'on ne puisse pas dire la même chose à l'égard du gendre, qui a le droit de jouir de cette dot à titre onéreux; savoir, à la charge de supporter les charges du mariage, *ad sustinenda onera matrimonii;* d'où il semble suivre que les autres enfans ne peuvent, pour raison de leur légitime, donner atteinte au droit qu'a le gendre de jouir de cette dot. Néanmoins, il est certain que la dot est sujette au retranchement pour la légitime des autres enfans, même du vivant du gendre. *Ordonn. de* 1731, *art.* 35; car ayant dû savoir que la dot, par sa nature de Donation faite à sa femme, étoit sujette à la légitime des autres enfans, il est censé lui-même l'avoir reçue à cette charge; & quoiqu'il l'ait à son égard à titre onéreux, il ne peut néanmoins l'avoir qu'aux mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme.

Il y en a qui, avant l'Ordonnance, distinguoient si la dot avoit été fournie au gendre en héritages, ou si elle l'avoit été en deniers qui ne fussent plus en nature, prétendant, qu'en ce dernier cas, le gendre ne pouvoit être sujet à la demande en retranchement de légitime. L'Ordonnance, *art.* 35, a rejetté cette distinction par les raisons ci-dessus rapportées.

Quid, si, en conséquence de la dot, la fille étoit exclue de la succession de son pere, soit par sa renonciation, faite par le contrat, soit par la Loi du pays? Il y en a qui, avant l'Ordonnance, pensoient qu'en ce cas, cette dot n'étoit pas sujette à la légitime des autres enfans, parce que cette fille étant exclue de pouvoir jamais profiter de la succession de son pere, & de sa bonne fortune, elle devoit en récompense ne pas souffrir de sa mauvaise fortune. Ce sentiment a été rejetté par l'Ordonnance, *art.* 35, qui porte que même en ce cas, la dot sera sujette à la légitime.

La dot fournie pour la Profession religieuse d'une fille est-elle sujette au retranchement de la légitime des autres enfans? Je ne le pense pas; car ce n'est pas une Donation qui est faite à la fille, qui, par sa Profession religieuse, devient incapable d'acquérir; ce n'est pas non plus une Donation qui soit faite au Couvent, qui reçoit la somme, étant donnée à titre onéreux, & pour le prix des alimens que le Couvent se charge de fournir à cette fille.

Les Donations mutuelles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime ? Je le pense ; il ne doit pas plus être permis de dépouiller ses enfans par des Donations mutuelles, que par des Donations simples.

Les Donations rémunératoires & onéreuses, lorsque les services & les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, sont de vraies Donations, qui sont par conséquent sujettes à la légitime.

Si les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent, elles n'y seront pas sujettes, jusqu'à la concurrence du prix desdits services ou charges ; elles le seront pour le surplus.

Les conventions matrimoniales ne sont pas réputées donations, & par conséquent ne sont pas sujettes à la légitime.

C'est pourquoi, s'il étoit convenu que le mari survivant ne seroit tenu de rendre pour tout droit de communauté, aux héritiers de la femme, que ce qu'elle y a apporté, ou qu'une certaine somme, quoique la communauté se trouve très-avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfans de la femme ; car le mari survivant ne retient point, en ce cas, les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une clause & une condition du contrat de communauté qui a été fait entr'eux, qu'il n'y auroit que la femme, si elle survivoit, qui auroit droit de partager la communauté, & que ses héritiers ne l'auroient pas.

Par la même raison, le douaire qui est accordé à une femme, n'est point regardé comme une donation sujette à la légitime des enfans, car c'est une convention ordinaire des mariages ; d'ailleurs, il tient lieu du Coutumier, qui est un avantage de la Loi.

Néanmoins, si le douaire étoit excessif, on pourroit soutenir que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le Coutumier, il devroit être regardé comme une donation sujette à la légitime.

Le préciput est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel, & qu'il n'est pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime.

§. III.

Comment se fait la supputation de la Légitime ? & quels enfans doit-on compter pour régler la portion du Légitimaire.

La portion du légitimaire étant la moitié de la part qu'il auroit eue dans les biens du défunt, si le défunt n'avoit pas disposé par Donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, il s'ensuit que pour régler cette part, il faut composer une masse de tous les biens que le défunt a laissés à son décès, même de ceux qu'il auroit légués, à laquelle il faut ajouter, par fiction, tous ceux dont il a disposé de son vivant par des Donations entre-vifs, soit à ses autres enfans, soit à des étrangers. Ces biens, dont le défunt a disposé par Donation entre-vifs, doivent être, ainsi que ceux

que le défunt a laissés lors de son décès, estimés le prix qu'ils valent lors de l'ouverture de la succession, & couchés pour ce prix dans ladite masse.

Cependant, les biens mobiliers qui ont été donnés entre-vifs, s'estiment, eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la Donation.

Il en est de même des offices. Comme le donataire n'en peut être dépossédé, & qu'il prend l'office à ses risques, l'office doit être estimé eu égard au temps de la Donation.

Cette masse ainsi composée, on doit en déduire les frais funéraires, les dettes & autres charges de la succession, non-seulement ce qui est dû à des tiers, mais ce qui est dû aux héritiers & au légitimaire lui-même.

La légitime est la moitié de la part qu'auroit eu le légitimaire dans ce restant; mais comme cette part dépend du nombre des enfans qui l'auroient partagée avec lui, il faut savoir quels sont les enfans qu'on doit compter.

On doit compter les enfans qui viennent effectivement à la succession, ou qui y seroient venus si le défunt n'avoit pas fait les Donations & legs qu'il a faits.

C'est pourquoi on doit compter ceux qui renoncent, en conséquence des legs ou Donations entre-vifs, qu'ils ont reçus; car ils y seroient venus, s'ils ne les eussent pas reçus, d'où il suit qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'auroit eu le légitimaire, dans la masse des biens qui se seroient trouvés, si le défunt n'avoit fait ni Donations, ni legs.

On doit même compter dans ce nombre les filles qui, par leur renonciation ou par la disposition des Coutumes, sont incapables de succéder au défunt, en conséquence de la dot qu'elles ont reçue; car n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auroient partagé, si le défunt n'avoit fait aucune Donation.

Voyons maintenant les enfans qu'on ne doit pas compter, ce sont ceux qui sont prédécédés, à moins qu'ils n'aient laissé des enfans, qui les représentassent dans cette succession, ou qu'ils n'y renoncent en conséquence de ce qui a été reçu par la personne qu'ils représentent.

Les prédécédés qui n'ont pas laissé d'enfans qui puissent les représenter, ne sont pas comptés, quant même ils auroient reçu des dots considérables; car ce n'est pas en conséquence des dots qu'ils ont reçues, qu'ils n'y viennent pas, mais parce qu'ils sont prédécédés.

Par la même raison, ceux qui, lors de l'ouverture de la succession, sont morts civilement, ne sont pas comptés, à moins qu'ils ne soient représentés par leurs enfans.

On ne doit pas compter une fille Religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle auroit eue dans la succession, si elle fût restée dans le siecle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa Profession qui l'exclut de la succession.

L'enfant qui a renoncé gratuitement, & sans avoir rien reçu, ne doit pas être compté non plus.

§. IV.

Quelles choses s'imputent sur la Légitime?

Après qu'on a réglé, de la maniere qu'on l'a expliqué dans le paragraphe précédent, à quoi montoit la légitime d'un enfant, pour connoître s'il s'en trouvera rempli ou non, il faut savoir quelles sont les choses qu'il doit imputer, ou précompter sur cette légitime.

L'enfant doit imputer & précompter sur sa légitime tout ce qu'il a reçu de la libéralité du défunt, à quelque titre de libéralité que ce soit; en quoi notre Droit est différent du Droit Romain, selon lequel les Donations entre-vifs ne s'imputoient sur la légitime, que lorsqu'elles étoient faites à cette condition.

Les choses, dont le défunt étoit grevé de substitution à son profit, ne s'imputent pas sur la légitime; car il ne les tient pas de la libéralité du défunt qui les lui devoit.

Ce que prend le légitimaire dans les biens retranchés de la Donation faite à un second mari, ou à une seconde femme, en vertu de l'Edit des secondes nôces, dont il sera parlé ci-après, ne s'impute pas non plus sur la légitime; car cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la Loi.

Cette décision n'a lieu que vis-à-vis des légataires, ou des donataires postérieurs à la Donation du second mari, parce que leurs legs & Donations devant être épuisés pour la légitime des enfans, avant que celle faite au second mari, qui est antérieure, puisse recevoir d'atteinte pour la légitime, suivant l'ordre que nous expliquerons dans le paragraphe suivant, le retranchement que la Donation faite au second mari souffre pour une autre cause, ne doit pas les regarder, ni leur profiter.

§. V.

Quand les Donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfans? Dans quel ordre? Et si la demande a lieu contre les tiers-acquéreurs?

Les Donations entre-vifs ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime des enfans du donateur, que lorsque ce sont elles qui y ont donné atteinte; & on ne peut dire qu'elles y aient donné atteinte, que lorsqu'il ne se trouve pas dans les biens que le donateur a laissés, même dans ceux dont il a disposé par testament, de quoi la remplir, car s'il se trouve dans ce bien de quoi la remplir, il est vrai de dire que ce sont les dispositions testamentaires, & non les Donations entre-vifs, qui y ont donné atteinte; puisque, si le donateur n'eût pas fait ces dispositions

testamentaires, il y auroit eu, malgré la Donation, de quoi remplir la légitime; & que la Donation étant irrévocable, & ayant son effet du jour de sa date, il n'a pas dû demeurer au pouvoir du donateur d'y donner atteinte par des dispositions testamentaires; ce qui arriveroit néanmoins, si ces dispositions testamentaires ne devoient être épuisées entierement pour la légitime des enfans, avant qu'on pût attaquer les donataires entre-vifs. Cela a lieu, quand même le testament auroit été fait avant la Donation; car il n'est pas plus permis au donateur de donner atteinte à sa Donation, en conservant un testament précédemment fait, que d'y donner atteinte par un testament qu'il feroit depuis, les testamens, en quelque temps qu'ils soient faits, n'ayant d'effet que depuis la mort du testateur, ils ne peuvent donner atteinte aux Donations entre-vifs, qui ont effet du jour de leur date.

Suivant ces principes, lorsqu'après toutes les dettes acquittées, même après avoir pris ce qui étoit nécessaire pour remplir les enfans héritiers de ce qui leur restoit dû par le défunt, s'il ne reste pas dans les biens, dont le défunt a disposé, de quoi remplir la légitime de quelque enfant, elle doit se prendre d'abord sur les légataires universels, qui doivent la fournir avant les légataires particuliers, car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés; ensuite tous les légataires particuliers y doivent contribuer, chacun au sol la livre de leur legs: car tous les legs n'ayant d'effet que du jour de la mort du testateur, ils sont censés avoir une même date; & aucun ne peut avoir d'avantage sur l'autre; les légataires pour cause pie n'ont pas même à cet égard plus d'avantage que les autres.

Si, après que tous les legs ont été épuisés, il manque encore quelque chose à la légitime de l'enfant à qui elle est due, il peut demander ce qui en manque aux donataires entre-vifs, en commençant par celui qui est le dernier en date.

Les Donations antérieures ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime, que les postérieures ne soient épuisées; car tant qu'il reste de quoi les remplir dans ce qui a été donné postérieurement, il est vrai de dire que ce ne sont pas les Donations antérieures qui y ont donné atteinte.

Néanmoins, lorsque, par un contrat de mariage, il y a un donataire de la totalité des biens présens & à venir, ce donataire est seul chargé, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter toutes les légitimes des enfans, quand même cette charge ne seroit pas exprimée par la Donation. *Ordonnance de 1731, art. 36*, à moins qu'il ne voulût se tenir à la Donation des biens présens, que le donateur avoit lors de la Donation; auquel cas il ne seroit tenu desdites légitimes, qu'après que les biens postérieurement acquis seroient épuisés. *Ordonnance de 1731, art. 37.*

Si la Donation n'est que d'une partie des biens présens & à venir, le donataire, s'il n'a pas été expressément chargé des légitimes, n'en sera tenu que dans son ordre, & après toutes les Donations postérieures.

Si la Donation d'une partie des biens présens & à venir avoit été expressément chargée des légitimes, le donataire sera tenu, même avant les Donations postérieures, de fournir la même part desdites légitimes, qu'est la part des biens dont il est donataire, à moins qu'il ne voulût s'en tenir aux biens présens; auquel cas il n'en seroit tenu qu'après tous les biens postérieurement acquis épuisés.

Si, parmi les légataires ou donataires entre-vifs, contre qui un des enfans demande sa légitime, il se trouvoit un autre enfant, il ne contribueroit à la légitime demandée, que pour raison de ce que le don ou legs contiendroit de plus que sa propre légitime, qu'il a pareillement droit de prétendre; car ce legs ou don à lui fait, n'est don que pour l'excédent.

Si le dernier donataire, dont la Donation a donné atteinte à la légitime, avoit dissipé l'argent qui lui avoit été donné, & étoit insolvable, on demande si, en ce cas, l'enfant pourroit se pourvoir contre les donataires antérieurs? Les Auteurs sont partagés sur cette question. Ceux qui tiennent la négative disent que, puisque l'argent donné en dernier lieu auroit été suffisant pour remplir la légitime, c'est la seule Donation faite en dernier lieu qui y donne atteinte; d'où il suit que les Donations précédentes, n'y ayant pas donné atteinte, ne doivent pas souffrir de retranchement. Le sentiment contraire me paroît beaucoup plus équitable, & mieux fondé en raisons. Il est bien vrai que si le dernier donataire n'eût pas dissipé ce qui lui a été donné, les Donations antérieures ne donneroient aucune atteinte à la légitime, le légitimaire pouvant la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu: mais le légitimaire ne pouvant plus la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu, par la dissipation qu'en a fait le donataire, & par son insolvabilité, dès-lors les Donations antérieures se trouvent donner atteinte à la légitime, de même qu'elles y donneroient atteinte, si le donateur eût dissipé lui-même ce qu'il a donné en dernier lieu; car peu importe, à l'égard du légitimaire, que ce soit un dernier donataire, ou le donateur lui-même qui l'ait dissipé.

Enfin l'Ordonnance de 1731, *art.* 34, paroît confirmer notre sentiment. La légitime se reprendra donc sur la dernière Donation, & subsidiairement sur les autres.

Au surplus, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce qui a été donné au dernier donataire insolvable; tout comme on ne compteroit pas ce que le donateur auroit dissipé; ce qui fera monter la légitime à moins.

Il reste a observer que la demande en légitime a lieu non-seulement contre les donataires, mais contre les tiers-acquéreurs, qui ont acquis d'eux les choses données; car la condition du retranchement pour la légitime des enfans, est une condition inhérente aux Donations qui affectent les choses données, & par conséquent ne peuvent passer aux tiers-acquéreurs que sous cette condition; le donataire qui les a sous cette condition, ne tranférant aux tiers-acquéreurs pas plus de droit qu'il en a lui-même, comme nous l'avons dit plus haut.

§. VI.

De l'effet du retranchement des Donations pour cause de légitime.

Lorsqu'une Donation se trouve être sujette au retranchement de la légitime, le donataire doit restituer au légitimaire une portion dans les choses qui lui ont été données, qui remplisse la légitime de cet enfant. Cette portion doit être délivrée *in specie;* & il ne suffiroit pas au donataire d'en offrir l'estimation : car la Donation n'étant pas valable pour cette portion, c'est de cette portion *in specie*, que le légitimaire est créancier, & non pas de l'estimation.

De-là la maxime que la légitime doit être fournie en corps héréditaires.

Cette portion que le légitimaire fait retrancher à son profit dans les choses données, passe au légitimaire sans aucune charge d'hypotheque & autres droits réels, que le donataire auroit pu y imposer; car le droit du donataire dans cette portion retranchée, se résolvant en vertu d'une cause ancienne, & inhérente au titre de la Donation, tous les droits qu'il y a imposés doivent se résoudre pareillement, n'ayant pas pu accorder davantage de droit, qu'il n'en avoit lui-même; & c'est le cas de la régle de Droit : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Le retranchement de la portion des choses données, nécessaire pour remplir la légitime des enfans, se fait de plein droit, en vertu de la Loi, qui saisit l'enfant de sa légitime; & par conséquent, les fruits de cette portion doivent lui être restitués du jour du décès.

Le retranchement de cette portion indivise des choses données, donne lieu à un partage entre le donataire & le légitimaire, que l'un ou l'autre peut demander.

Ce partage opere une garantie entre le donataire & le légitimaire, des choses qui tombent dans leurs lots respectifs, telle qu'elle a coutume d'avoir lieu entre les partageans.

Par cette action de garantie, le légitimaire qui a été évincé, répete contre le donataire le prix de la chose évincée, sous la déduction d'une partie du prix de cette chose qui est pareille à sa portion dans la masse des biens sujets à sa légitime; de laquelle portion du prix il doit faire déduction & confusion sur lui. La raison de cette déduction est que la chose évincée, se trouvant ne point faire partie des biens du défunt, elle ne devoit pas être comprise, comme elle l'a été, en la masse des biens, sur laquelle on a réglé la légitime. Cette masse doit donc être diminuée, & on y doit ôter le prix de la chose évincée, & par conséquent, si par exemple, eu égard au nombre des enfans, la légitime étoit du huitieme de cette masse, & qu'elle se trouvât diminuée du huitieme de ce prix qu'on déduit de la masse, le légitimaire ne pourroit répéter contre le donataire le prix de la chose évincée, que sous la déduction de cette portion.

Si

Si le donataire, dans ce qui lui reste, n'avoit pas de quoi fournir à la légitime, le légitimaire, pour ce qui s'en manqueroit, se pourvoiroit contre le donataire précédent.

Si le donataire, de son côté, est évincé dans quelques-unes des choses qui sont tombées en son lot, le légitimaire est tenu envers lui de l'éviction pour une portion pareille à celle qu'il avoit dans la masse des biens sujets à la légitime; car cette chose évincée que nous supposerons, par exemple, être de la valeur de 4000 liv. se trouvant ne pas faire partie des biens du défunt, cette masse dans laquelle elle a été mal-à-propos comprise, a été de 4000 liv. plus forte qu'elle ne devoit l'être; d'où il suit que la légitime que nous supposons, eu égard au nombre d'enfans, avoir été la huitieme portion de ladite masse, se trouvera par proportion avoir été réglée à 500 liv. de plus qu'elle ne devoit l'être, que le légitimaire devra, par conséquent, au donataire qui en a souffert le retranchement.

Le légitimaire a un privilege par-dessus tous les créanciers du donataire, sur les biens restés au donataire pour la garantie des choses qui lui ont été délaissées pour sa légitime; &, *vice versâ*, le donataire a pour la garantie, dont nous venons de parler, un privilege par-dessus toutes les créances du légitimaire, sur les choses qui lui ont été délivrées.

§. VII.

Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la Légitime?

L'enfant est non-recevable dans cette demande, lorsque, depuis que le droit de légitime a été ouvert à son profit, par la mort de ses pere ou mere, il y a renoncé; car chacun peut renoncer à ses droits.

Si néanmoins l'enfant étant insolvable, y avoit renoncé en fraude de ses créanciers, ils seroient recevables, nonobstant cette renonciation, à exercer ses droits pour raison de sa légitime.

L'approbation que donne l'enfant au testament du défunt, n'est une renonciation au droit de légitime, que lorsque l'enfant n'a pu ignorer que le testament y donnoit atteinte.

La prescription de trente ans, qui exclut toutes les actions, exclut aussi la demande en légitime; & cette prescription court, contre les enfans majeurs, du jour du décès de la personne qui a donné ouverture au droit de légitime en la succession.

On demande si l'enfant, qui s'est mis en possession sans faire inventaire des biens de la succession de son pere, est recevable dans la demande en retranchement de la légitime? Les raisons pour la négative sont que l'enfant, en ne faisant pas d'inventaire, s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir constater la valeur des biens qui se sont trouvés lors du décès; d'où il suit que, par son fait, on ne peut plus connoître si

ces biens ont été suffisans ou insuffisans pour le remplir de sa légitime. Étant donc incertain, & même par son fait, s'il est rempli ou non de sa légitime, il ne peut la demander, parce qu'il s'est mis hors d'état de fonder sa demande. On ajoute que la Novelle de Justinien fait décheoir de la falcidie, l'héritier qui a manqué de faire inventaire, & l'astreint même au paiement des legs au-delà des forces de la succession. Nonobstant ces raisons qui sont assez fortes, Ricard pense que l'enfant peut, même en ce cas, être recevable à demander sa légitime, & qu'à défaut d'inventaire, on constatera, autant qu'il sera possible, les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Il dit que ce que la Novelle décide touchant la falcidie, & contre l'héritier institué, étant une peine, doit être renfermé dans son cas, & ne peut être étendu à la légitime, qui est infiniment plus favorable. Il ajoute que la difficulté de constater les forces de la succession, dans laquelle s'est mis l'enfant par imprudence, ignorant peut-être alors les Donations que son pere avoit faites, ne doit pas le priver d'un droit aussi favorable que celui de la légitime, lorsqu'aucune Loi n'en prononce la privation, & qu'il faut seulement, en ce cas, suppléer à cette difficulté par les ressources ordinaires de la commune renommée, qu'on employe en beaucoup d'autres cas. Il autorise son sentiment de celui de Menard, d'Olive, & de l'usage du Parlement de Toulouse.

ARTICLE VI.

Du retranchement que souffrent dans quelques Coutumes les Donations entre-vifs, pour la Légitime Coutumiere.

Il y a quelques Coutumes qui défendent de disposer, par Donations entre-vifs, au-delà d'une certaine portion des propres. Telle est dans notre voisinage la Coutume de Blois, qui porte que les personnes qui ne sont pas nobles, ne peuvent donner entre-vifs plus de la moitié de leurs propres.

Cette portion des propres, dont les Coutumes défendent de disposer, est une espece de légitime qu'elles accordent aux héritiers du donateur, de la ligne d'où les propres procedent. On appelle cette légitime *coutumiere*, à la différence de celle dont nous avons parlé à l'article précédent, qui se nomme légitime de *droit*.

§. I.

Par quelles personnes peut être prétendue la Légitime Coutumiere?

Cette légitime étant accordée aux héritiers de la ligne, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à cette légitime, lorsque le donateur ne laisse aucun héritier de la ligne.

Il suit de-là que des héritiers d'une autre ligne, qui, à défaut d'héritiers de la ligne, auroient succédé au défunt, ne seroient pas recevables à demander que les Donations de propres, faites par le défunt, fussent réduites à la portion dont la Coutume permet de disposer.

Cette légitime coutumiere est accordée aux héritiers de la ligne principalement, en tant qu'héritiers, à la différence de celle de droit, qui est accordée aux enfans principalement, en tant qu'enfans; d'où il suit, qu'encore que les enfans, sans être héritiers, puissent avoir leur légitime de droit, au moins par voie de rétention sur les choses qui leur auroient été données & léguées; les héritiers présomptifs de la ligne, s'ils n'ont accepté la succession, ne peuvent retenir aucune part, même par voie de rétention, de ce qui appartient en entier à ceux de la ligne qui se sont portés héritiers.

Il suit de ces principes, que le curateur à la succession vacante du donateur, & les créanciers du donateur ne peuvent demander la réduction des Donations, lorsque les héritiers de la ligne ont renoncé à la succession.

Mais si quelqu'un des héritiers de la ligne, renonce à la succession, en fraude de ses propres créanciers, lesdits créanciers étant reçus à exercer tous ses droits, peuvent accepter en sa place la succession, & former la demande en réduction.

§. II.

Quelles Donations sont sujettes à ce retranchement?

On doit à cet égard suivre les regles établies pour la légitime de droit.

Lorsqu'on vend un héritage, & que, par le même contrat, on fait remise du prix, ce ne peut être un vrai contrat de vente; c'est donc une vraie donation de l'héritage propre, sujette au retranchement, & non pas seulement une Donation du prix.

Secùs, si la remise n'eût été faite qu'*ex intervallo*, ou qu'il n'y eût pas eu lieu de soupçonner de la fraude.

§. III.

En quel cas y a-t-il lieu à cette Légitime?

Cette légitime étant due aux héritiers, & n'y ayant d'héritiers qu'après la mort, il s'ensuit qu'elle n'est ouverte que du jour du décès du donateur, & que c'est, eu égard à ce temps, qu'il faut juger si le donateur a disposé au-delà de la portion réglée par la Coutume.

C'est pourquoi, si à Blois, une personne eût donné tous les propres qu'elle avoit au temps de la Donation, & que par des successions échues depuis au donateur, il se trouvât, lors de sa mort, avoir des héritages propres autant & plus qu'il n'en a donnés; sa Donation, quoiqu'elle fût du total des propres qu'il avoit pour lors, ne pourra recevoir aucune atteinte; parce qu'au temps de son décès, il se trouve n'avoir pas disposé au-delà de la moitié de ses propres, & qu'il se trouve dans sa succession dequoi remplir la légitime coutumiere.

Les différentes Coutumes de ce Royaume, étant des Loix qui agissent indépendamment les unes des autres, il s'ensuit que la légitime coutumiere, que la Coutume accorde à un héritier dans les héritages propres du donateur, situés dans son territoire, est accordée à l'héritier, indépendamment de ce que d'autres Coutumes peuvent lui déférer touchant la succession de la même personne.

De-là il suit que si un défunt a donné au-delà de la moitié de ses héritages propres, qui sont situés dans la Coutume de Blois, quoiqu'il laisse à son héritier une quantité beaucoup plus considérable de propres, dont il n'a pas disposé, situés dans d'autres Coutumes; néanmoins cet héritier est bien fondé à demander contre le donataire ce qui lui manque de sa légitime coutumiere dans les propres situés à Blois; car cette légitime lui étant accordée indépendamment de ce qui lui est déféré par les autres Coutumes, on ne peut lui imputer sur sa légitime les propres auxquels il succede dans les autres Coutumes.

Cette décision, que le donataire entre-vifs des propres situés dans une Coutume, ne peut imputer à l'héritier, sur sa légitime coutumiere dans lesdits propres, les biens auxquels il succede, même les autres propres situés dans d'autres Coutumes, doit être restreinte aux donataires entre-vifs; Ricard pense qu'on doit décider le contraire à l'égard des légataires. La raison de différence est, que les dernieres volontés étant susceptibles d'une interprétation plus étendue, *voluntates testantium pleniùs interpretantur*, le testateur qui a légué une portion de ses propres qui n'étoit pas disponible, est censé en avoir légué l'estimation sur les autres biens dont il avoit droit de disposer, ce qu'on ne peut pas dire des Donations entre-vifs, qui étant des contrats entre-vifs, doivent être renfermés dans leurs termes; & qui, d'ailleurs, doivent avoir un effet présent, & contenir l'acceptation & la tradition de la chose qui est donnée, & ne sont pas susceptibles de l'estimation de la chose à prendre sur d'autres biens.

C'est une question, lorsqu'une personne, qui avoit des propres de différentes lignes, a donné tous, ou presque tous les propres d'une ligne, lesquels néanmoins ne font que la moitié, ou ne font pas la moitié du total que composent les propres de toutes les différentes lignes, si les héritiers de cette ligne peuvent demander le retranchement de la Donation? La raison pour la négative est, que la Coutume de Blois permet en général de donner la moitié de ses propres; le donateur n'en ayant donc donné que la moitié, ou pas même la moitié, semble n'avoir pas

donné au-delà de ce qui lui étoit permis de donner. La raison pour l'affirmative est, que la vue des Coutumes ayant été de perpétuer les biens dans les familles, il s'ensuit qu'elles ont eu en vue l'intérêt de chaque famille, & qu'elles ont voulu conserver à chaque famille le patrimoine qui lui étoit affecté; d'où il suit que, lorsque la Coutume de Blois porte qu'on ne pourra donner entre-vifs que la moitié de ses propres, cela doit s'entendre, non pas *collectivè* de tous les propres, mais *distributivè* de la moitié des propres de chaque ligne.

C'est une question si ce qui se retranche des Donations entre-vifs pour la légitime coutumiere, est sujet aux dettes de la succession, lorsque l'héritier, au profit de qui s'est fait ce retranchement, a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire?

On peut dire pour l'affimative, que cette légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, & par conséquent, ces choses doivent être censées faire partie de la succession, & en conséquence être sujettes aux dettes.

On peut dire au contraire, que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt, & auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il ne le tient donc pas du défunt, ni de la succession, mais de la Loi. Ces choses retranchées ne sont donc pas partie de la succession.

ARTICLE VII.

Du retranchement que peuvent souffrir les Donations par le premier chef de l'Edit des secondes Nôces.

Par le premier chef de l'Edit de François II, vulgairement appellé l'*Edit de secondes Nôces*, il est porté « que les femmes veuves ayant enfans » ou enfant, ou enfans de leurs enfans, ne peuvent & ne pourront, en » quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquêts ou » acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs » propres à leurs nouveaux maris, peres, meres, ou enfans desdits maris, » ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, & si il » se trouve division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfans, ou » enfans de leurs enfans, les Donations par elles faites à leurs nouveaux » maris, seront réduites & mesurées à la part de celui des enfans qui aura » le moins.

Cette disposition est tirée de la Loi 6, *Codice de secundis Nuptiis*, qui est de l'Empereur Léon.

Quoique cet Edit, ainsi que nos Coutumes qui en ont renouvellé les dispositions, ne parlent que de la femme qui se remarie; néanmoins, par l'usage, on a étendu leurs dispositions à l'homme qui se remarie, conformément à ladite Loi 6, qui comprend l'un & l'autre.

§. I.

Quelles especes de Donations sont sujettes à ce retranchement ?

Les Donations de meubles aussi-bien que celles d'immeubles sont sujettes à ce retranchement. Il est vrai que nos Coutumes ne parlent pas des meubles; mais il suffit que l'Edit se soit expliqué sur les meubles : nos Coutumes n'ayant pu diminuer les dispositions de l'Edit. Non-seulement les Donations simples, mais même les Donations mutuelles, faites de part & d'autre, sont sujettes à ce retranchement. La raison de douter étoit, que les Donations mutuelles ne sont pas proprement des Donations, puisque la femme qui donne à son second mari une certaine somme, en cas qu'il survive, reçoit de lui autant qu'elle lui donne, qu'elle ne lui fait par conséquent aucune libéralité, & que ce contrat est un contrat aléatoire plutôt qu'une Donation. La raison de décider est que ces Donations, quoiqu'improprement Donations, tendant néanmoins à dépouiller les enfans aussi-bien que les Donations simples, la fin que l'Edit s'est proposée, qui n'est autre chose que d'imposer un frein aux femmes qui se remarient, & les empêcher de dépouiller leurs enfans de leurs biens, se rencontre également à l'égard de ces especes de Donations, comme à l'égard des Donations simples.

De-là naît une question, si une femme ayant enfans, & son mari qui n'en a point, se sont fait une Donation mutuelle de tous leurs biens au survivant d'eux, & que le second mari vînt à prédécéder, sa Donation devroit-elle être réduite à la même portion à laquelle auroit été réduite celle de la femme, si elle fût prédécédée ? Ricard, au *Traité du Don Mutuel, N.* 223, décide pour l'affirmative; parce que, dit-il, l'intention des parties qui se font don mutuel, n'est de donner qu'en conséquence de ce qu'ils reçoivent. Je pense au contraire que la Donation du second mari doit valoir pour le tout. On ne peut pas dire que le second mari n'a entendu donner qu'autant qu'il recevroit; car le second mari n'ignoroit pas que la femme avoit des enfans, il n'ignoroit pas que la Donation de tous biens que lui faisoit sa femme, ne pouvoit valoir qu'autant que tous les enfans du premier lit la prédécéderoient, & qu'elle étoit sujette à réduction de la part desdits enfans. Je dis qu'il ne l'ignoroit pas; car une ignorance du droit public, dont on peut s'informer, n'est pas proposable. On ne peut donc pas dire qu'il n'a eu intention de donner à sa femme qu'autant & à proportion que sa femme pourroit lui donner valablement; car sçachant ou devant sçavoir que la Donation que lui faisoit sa femme étoit sujette à réduction, il n'a pas laissé de lui donner sans aucune restriction.

Non-ſeulement les Donations, mais même les avantages de quelques eſpeces qu'ils ſoient, qui réſultent des conventions ordinaires des mariages, ſont ſujettes à ce retranchement. Par exemple, le préciput, quoique mutuel, y eſt ſujet; c'eſt pourquoi un ſecond mari, à qui on a donné part d'enfant, ne peut plus avoir de préciput.

Ce dont l'apport de l'un des conjoints excede celui de l'autre, eſt encore regardé comme un avantage fait à l'autre conjoint, pour la part que cet autre conjoint prendra dans cet excédant. Par exemple, ſi j'apporte en communauté avec une ſeconde femme dix mille livres, & qu'elle n'en apporte que 6000 livres, la part que ma ſeconde femme ſe trouve avoir, en cas d'acceptation de communauté dans les 4000 livres, eſt regardée comme un avantage de 2000 livres que je lui ai fait, lequel eſt ſujet à la réduction de la part d'enfant.

Y auroit-il lieu à cette déciſion, ſi ce que le ſecond mari apporte de moins étoit ſuppléé par ſon induſtrie? Par exemple, une femme ſe remarie avec un Médecin accrédité à Paris; elle apporte 20000 livres en communauté, ſon mari n'en apporte que 10000; mais c'eſt un homme qui retire de ſon art 20000 livres de revenu par an. Il ſembleroit que la déciſion ne devroit pas avoir lieu, & que l'induſtrie du ſecond mari, qui eſt réellement appréciable, compenſe & par-delà ce qu'il apporte de moins en argent que la femme. Néanmoins il faut dire que cette induſtrie ne ſera pas tirée en ligne de compte, & que la part qu'a le mari dans l'excédant de l'apport de la femme, ſera regardé comme un avantage ſujet au retranchement de l'Edit. La raiſon en eſt, que ſi on entroit dans l'examen & l'évaluation incertaine de l'induſtrie des conjoints, ce ſeroit donner lieu à des diſcuſſions & à des procès qu'on évite, en établiſſant des regles générales, dont on ne s'écarte pas par des conſidérations particulieres.

Cela a lieu, même dans le cas où les contractans s'en ſont rapportés à la Coutume, pour compoſer la communauté; car lorſque j'ai plus de meubles qu'une ſeconde femme, c'eſt un avantage que je lui fais, lorſque je ne réſerve pas en propre ce que j'ai de plus qu'elle.

Le douaire coutumier n'eſt pas un avantage ſujet au retranchement de l'Edit, parce que c'eſt la Loi plutôt que le mari qui le fait. Mais s'il l'excédoit, l'excès y ſeroit ſujet.

Il ſuit de-là que comme le douaire préfix tient lieu du coutumier, il ne doit pas non plus, juſqu'à concurrence du coutumier, y être ſujet.

Non-ſeulement les Donations faites au ſecond mari, mais celles qui ſeroient faites au pere, à la mere, ou aux enfans du ſecond mari, ſont ſujettes au retranchement, ainſi qu'il eſt porté en termes formels par l'Edit. La raiſon en eſt, que ces Donations ſont préſumées être faites en contemplation du ſecond mari, & que ces perſonnes ſont facilement préſumées n'être que des perſonnes interpoſées pour avantager le ſecond mari. C'eſt ce qui réſulte des termes de l'Edit, qui ſuivent: *Ou autres perſonnes qu'on puiſſe facilement préſumer être par dol ou fraude interpoſées.*

Cette extension a été jugée d'autant plus nécessaire par le Législateur, que sans cela la Loi auroit été presque toujours éludée, & la femme qui voulant avantager son second mari au-delà des bornes, ne le pouvant faire par des Donations faites à lui-même, n'auroit pas manqué de le faire par des Donations faites à ces personnes, si elles n'eussent été pareillement renfermées dans la disposition de la Loi.

La prohibition de donner aux enfans du mari, renferme-t-elle les enfans communs que la femme, qui se remarie, aura de ce second mari, ou ne comprend-elle que ceux que le second mari a d'un précédent mariage ? Je pense qu'il faut distinguer. Si la Donation étoit faite par le second contrat de mariage aux enfans à naître de ce second mariage ; ces enfans, qui n'existent pas encore, n'ayant pu mériter par eux-mêmes l'affection de la donatrice, la Donation qui leur est faite, ne pourroit passer que pour une Donation faite en considération du second mari, & par conséquent devroit être sujette au retranchement de l'Edit. Que si cette femme a donné aux enfans nés de ce second mariage, qui ont déjà pu mériter par eux-mêmes son affection, rien n'oblige en ce cas de regarder la Donation qui leur est faite, comme faite en faveur du second mariage, la qualité d'enfans de la donatrice, qu'ils avoient, étant un titre plus que suffisant pour mériter par eux-mêmes cette Donation.

Les Donations faites aux pere, mere, ou enfans du second mari, sont-elles sujettes au retranchement, lorsqu'elles ne leur sont faites qu'après la mort du second mari ? Je pense que non ; car il paroît que l'Edit n'a compris ces personnes dans sa disposition, que parce qu'elles sont facilement présumées être personnes interposées pour avantager le second mari, & qu'on peut soupçonner que la Donation ne leur est faite qu'en vue de gratifier & d'avantager le second mari. Or, toutes ces raisons cessent à l'égard des Donations faites après la mort du second mari. L'Edit ne reçoit donc pas d'application à ces Donations.

L'Edit n'ayant parlé que des peres & meres, les Donations faites aux autres ascendans du second mari, sont-elles sujettes au retranchement ? Je le pense ; car il y a même raison ; & d'ailleurs ils peuvent être compris sous ces termes généraux que l'Edit ajoute, *& autres personnes*.

Quid, des freres & sœurs & autres collatéraux du second mari ? Ils ne seront pas si facilement présumés personnes interposées. Cependant ils pourroient passer pour tels selon les circonstances, comme s'il étoit justifié que lors de la Donation, ils fussent inconnus à la donatrice.

§. II.

Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'Edit ?

L'Edit étant fait en faveur des enfans du précédent mariage, il s'ensuit que, pour qu'il y ait lieu au retranchement porté par l'Edit, il faut 1°. Que la femme qui a donné à son second, troisieme ou ultérieur mari, ou l'homme-

l'homme qui a donné à sa seconde, troisieme ou ultérieure femme, aient des enfans d'un précédent mariage.

Suffit-t-il que ces enfans existassent lors de la Donation? La raison de douter est que les termes de l'Edit, *femmes veuves ayant enfans, ne peuvent donner*, semblent ne se référer qu'au temps de la Donation. Néanmoins il est constant que, pour qu'il y ait lieu à l'Edit, il faut que la femme laisse, lors de son décès, quelqu'enfant de ses précédens mariages. La raison en est évidente: cet Edit n'étant fait que pour empêcher la femme qui se remarie de donner trop d'atteinte aux parts que ses enfans des précédens mariages ont droit d'attendre en sa succession, en réduisant à la part d'enfant, les Donatious par elles faites à ses seconds & ultérieurs maris, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir d'ouverture à cette réduction, à ce retranchement, que lors de l'ouverture de sa succession; & comme ce sont les enfans du précédent mariage en faveur desquels l'Edit est fait, qui donnent ouverture à cette réduction, il s'ensuit qu'il faut nécessairement qu'il y ait pour lors, quelqu'enfant des précédens mariages. Au reste, il suffit qu'il y en ait un seul pour donner ouverture au retranchement. Les termes de l'Edit sont formels, *femmes ayant enfans, ou enfant.*

L'Edit ajoute, *ou enfans de leurs enfans*; c'est pourquoi un enfant, à quelque degré qu'il soit, qui se trouve par représentation au degré de succéder, peut donner ouverture à l'Edit. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un enfant du premier lit donne ouverture à l'Edit, qu'il accepte la succession de sa mere qui s'est remariée, l'Edit ne l'exige pas. L'Edit, en réduisant les Donations excessives, faites au second mari, a eu en vue de subvenir aux enfans, en leur seule qualité d'enfans; ils n'ont donc pas besoin, pour invoquer l'Edit, d'avoir la qualité d'héritiers. C'est un point dont tous les Auteurs conviennent.

De-là il suit qu'une fille du premier lit dotée, qui, en conséquence de sa renonciation, ou des Coutumes qui ont cette disposition, est exclue de la succession de sa mere, ne laisse pas d'être seule capable de donner ouverture à l'Edit, lorsque la Donation faite par sa mere à son second mari, est plus forte que la part que l'un des enfans que sa mere a eus du second mariage, peut prétendre en sa succession. Cette fille du premier lit pourra donc, en ce cas, demander la réduction de la Donation, pour partager ce qui en sera retranché avec les autres enfans; & le second mari ne pourra pas lui opposer qu'elle est exclue de venir à la succession; puisque, pour demander ce retranchement, & y avoir part, elle n'a pas besoin de la qualité d'héritiere, suivant le principe ci-dessus.

Il faut décider autrement à l'égard d'un exhérédé. Car il est évident que l'Edit n'a voulu subvenir qu'aux enfans qui étoient dignes des biens que l'Edit a voulu leur conserver, & non pas à ceux qui s'en seroient rendu indignes.

Il est évident aussi que les Religieux, & ceux qui sont morts civilement, n'y peuvent donner ouverture, puisqu'ils ne jouissent pas des droits civils.

Pour qu'il y ait lieu au retranchement de l'Edit, il faut en second lieu que les Donations faites à la seconde femme, ou au second mari, excedent la part de l'un des enfans, tant du dernier que des précédens mariages, qui sont habiles à succéder. Dans les Coutumes où les filles sont exclues de la succession, lorsqu'elles ont reçu une dot, quelque modique qu'elle soit, il n'y aura donc pas lieu au retranchement de l'Edit, quoique la Donation faite au second mari excede la dot donnée à cette fille, parce que cette fille ne prend pas de part en la succession.

Lorsque la succession du donateur est déférée par souches à plusieurs petits-enfans de différentes souches, la Donation doit excéder la part de l'une de ces souches, & il ne suffiroit pas qu'elle excédât la part de l'un des enfans d'une souche dans la subdivision de la part de la souche. La raison en est que, la Coutume ayant mesuré ce qu'il est permis de donner au second mari, à ce que l'un des enfans pourroit prendre en la succession, ainsi que la Coutume l'exprime, il s'ensuit qu'elle doit être mesurée à ce que prend l'une des souches dans la succession. Car la succession étant déférée aux souches, *in stirpes*, & non à chacun des enfans des souches, *in capita*, ce sont les souches qui prennent chacune une part dans la succession; chacun des enfans de ces souches n'a aucune part dans la succession, mais seulement dans la subdivision de la part qu'y a prit la souche.

Que si la succession étoit déférée à plusieurs petits-enfans d'une souche unique, en ce cas, comme ces petits-enfans succedent *in capita & non in stirpes*, ils prennent chacun une part principale en la succession; il suffit que la Donation excede la part de l'un de ces petits-enfans, pour qu'il y ait lieu au retranchement.

L'Edit ajoute, que lorsque les enfans ont des parts inégales, la part du second mari, ou de la seconde femme, se regle sur celle de l'enfant qui a la moindre part.

Cette inégalité peut se rencontrer en plusieurs occasions. Par exemple, 1°. lorsqu'il y a un droit d'aînesse, la part du second mari se réglera sur la part de l'un des puînés. 2°. Lorsque, dans les biens du donateur, il y a des choses réservées aux enfans du premier lit, suivant le second chef de l'Edit, dont il sera ci-après parlé; la part de la seconde femme, ou du second mari, se regle sur celle de l'un des enfans du second lit. 3°. Enfin, lorsque les enfans ne viennent pas *ab intestat*, mais en vertu du Testament du donateur qui a fait entre ses enfans, une division inégale de ses biens, la part de la seconde femme se regle sur celle de l'enfant, qui, dans cette division, se trouve avoir la moindre part.

Si le donateur avoit assigné à l'un de ses enfans une part moindre que la légitime de cet enfant, à laquelle cet enfant voulût bien se tenir, la part de la seconde femme devroit-elle se régler sur cette part? Non, car la part de cette seconde femme se regle, non sur celle à laquelle l'enfant veut bien se tenir, mais sur celle qu'il a droit de prendre, sur celle qu'il pouvoit prendre en la succession, ainsi que l'explique fort bien notre Coutume, interprete en cela de l'Edit. Or cet enfant qui veut

bien s'en tenir à une part moindre que sa légitime [illegible] surplus, il pouvoit prendre une plus grande part, [illegible] doit donc se régler sur la part qu'il pouvoit prendre [illegible] de cet enfant.

§. III.

Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfans, ou seulement une part d'enfant à eux tous?

Ces termes de l'Edit, *ne peuvent donner à leurs maris*, s'interpretent non en un sens distributif, mais en un sens collectif, comme s'il y avoit: *la femme ne peut donner à tous ses maris ensemble qu'une part d'enfans.* On doit d'autant mieux admettre cette interprétation, que l'esprit de l'Edit, qui restreint le pouvoir de la mere de disposer de ses biens, étant de subvenir aux enfans du premier lit, qui souffrent du convol de leur mere en secondes nôces, il seroit contre l'esprit de l'Edit que la mere qui se remarie plusieurs fois, faisant plus de préjudice à ses enfans, que lorsqu'elle ne se remarie qu'une fois, eût néanmoins le pouvoir de disposer d'une plus grande quantité de ses biens. Autrement, la disposition de l'Edit impliqueroit contradiction.

Du principe que nous venons d'établir, il suit que la femme qui, ayant des enfans de son premier mariage, a déjà fait une Donation à son second mari, ne pourra plus donner au troisieme, que ce que la Donation faite au second contiendroit de moins que la part de l'enfant le moins prenant; & si elle a donné à son second mari autant que la part de l'enfant le moins prenant, elle ne peut plus rien donner au troisieme.

§. IV.

De l'effet de l'Edit.

L'effet de l'Edit est de donner une action révocatoire de ce dont la Donation faite au second mari se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant en la succession. Ces termes de l'Edit *ne peuvent donner plus*, ne doivent pas être entendus dans un sens absolu, mais avec cette explication, *ne peuvent efficacement.* C'est pourquoi, quoique la Donation se trouve excessive, la propriété des choses données a été véritablement transférée pour le total au second mari; mais cette translation de propriété devient inefficace par l'action révocatoire que donne l'Edit aux enfans du premier lit, en vertu de laquelle ils obtiennent le retranchement de ce qui excede la part de l'un des enfans le moins prenant.

Au reste, la propriété des choses données ne passe au second mari, qu'à la charge du retranchement, en cas, que par l'événement, lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, la Donation se trouve excéder ce qu'il étoit permis de donner. Et cette condition du retranchement est une condition inhérente, & qui affecte les choses données, de maniere qu'elles ne le sont qu'à cette condition; d'où il suit que si le second mari donataire les aliene, il ne peut les aliéner qu'à cette charge, *cum eâ causâ.*

De-là il suit, 1°. que cette action révocatoire a donc lieu, non-seulement contre le second mari donataire, mais contre les tiers-détenteurs des choses données; car il n'a pu leur en transférer la propriété, que telle qu'il l'avoit lui-même, & résoluble sous les mêmes conditions.

De-là il suit, 2°. que ce retranchement se fait sans aucune charge des servitudes, hypotheques & autres droits réels que le donataire y auroit imposés. Tous lesquels droits se résolvent par la résolution de celui du donataire, duquel ils dérivoient, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

De ce que la Donation, pour ce qu'elle excede la part d'enfans, n'est pas nulle absolument, mais seulement en faveur des enfans auxquels la Loi accorde une action révocatoire de cet excédent, il s'ensuit que les biens retranchés ne sont pas considérés comme étant dans la succession de la femme, qui s'en est dépouillée par la Donation qu'elle en a faite. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que les enfans acceptent sa succession, pour exercer cette action révocatoire, & avoir part à ces biens retranchés; la Loi qui leur donne cette action, ne considere que leur qualité d'enfans, & n'exige pas qu'ils soient héritiers.

Il suit aussi de ces principes, que l'enfant qui a exercé cette action révocatoire, sans être héritier de sa mere, ne peut pas, comme détenteur de ces biens retranchés, être poursuivi par les créanciers hypothécaires de sa mere, postérieurs à la Donation qu'elle en a faite à son second mari; car la mere s'étant dépouillée de ces biens par cette Donation, avant de contracter avec ce créancier, il n'a jamais pu acquérir d'hypotheque, puisque, dans le temps de sa créance, ces biens avoient cessé d'appartenir à sa débitrice, & qu'on ne peut pas dire qu'ils rentrent dans les biens de la mere par l'action révocatoire qui est donnée aux enfans, puisque, suivant les principes ci-dessus posés, cette action révocatoire n'annulle la Donation pour cet excédent, qu'en faveur des enfans, & non vis-à-vis de ce créancier, qui ne doit pas profiter de ce qui n'est accordé qu'en faveur des enfans.

Observez néanmoins que, quoique cette action révocatoire soit établie en faveur des enfans du premier lit, les enfans du second mariage partagent avec eux les biens retranchés, ainsi que cela est décidé en termes formels par la Loi 9, *Codice de secundis nuptiis.* La raison en est évidente : l'Edit n'est fait que contre le second mari, & non pas contre les enfans du second mariage : ces enfans ne doivent pas être privés de partager un bien qui est l'héritage de leur mere, & auquel ils ont un

droit égal à celui des enfans du premier lit, puisqu'ils sont enfans, aussi bien qu'eux. Il est vrai que, par eux-mêmes, & s'ils eussent été seuls, ils n'eussent pu demander le retranchement; mais il n'est pas nouveau en droit, que ce qu'on n'a pas par la Loi, on l'obtienne quelquefois par le concours d'une autre personne.

Mais les filles dotées du premier lit, qui sont dans certaines Coutumes exclues de la succession, n'y doivent pas prendre de part, parce qu'elles n'ont plus de droit au bien de leur mere, comme nous l'avons déjà dit.

Le second mari partage aussi lui-même les choses retranchées avec les enfans, suivant le sentiment de la Glose sur la Novelle 22; ce qui est juste: car, sans cela, l'enfant le moins prenant, au moyen de la part qu'il prendroit dans les choses retranchées, se trouveroit avoir plus que le second mari; ce qui ne doit pas être; car l'intention des Loix Romaines, & de l'Edit qui les a adoptées, en ordonnant cette réduction, a été seulement que le second mari n'eût pas plus que l'enfant le moins prenant, & non pas qu'il eût moins.

On demande si l'aîné peut prendre son droit d'aînesse dans les biens retranchés? La raison de douter se tire de ce que nous avons dit ci-dessus, que les biens retranchés n'étoient pas censés rentrer dans la succession de la femme; d'où il semble suivre que le droit d'aînesse, qui ne s'exerce que sur les biens de la succession de la personne à qui on succede, ne devroit pas s'exercer sur ces biens.

Néanmoins les Auteurs décident qu'il peut exercer son droit d'aînesse sur les biens retranchés. La raison en est que l'objet de l'Edit étant d'accorder une réparation aux enfans du préjudice que leur cause la Donation excessive de leur mere, chacun doit avoir dans la réparation une part proportionnée au préjudice que la Donation lui cause. Or la Donation excessive des biens féodaux cause un plus grand préjudice à l'aîné qu'aux autres enfans, puisqu'il auroit eu dans ces biens, s'ils n'eussent pas été donnés, une plus grande portion qu'eux. Il doit donc avoir une portion proportionnée dans la réparation; qui consiste à lui accorder la même portion dans les biens retranchés, qu'il auroit eue, s'ils fussent restés dans la succession; & par conséquent il doit y exercer son droit d'aînesse.

Au reste, comme l'aînée n'a de droit d'aînesse, que lorsqu'il est héritier, il y a lieu de penser qu'il ne peut exercer ce droit d'aînesse sur les biens retranchés, que lorsqu'il est héritier.

Ce droit des enfans de faire retrancher l'excès de la Donation faite au second mari, est ouvert, & leur est acquis du jour du décès de leur mere. Par conséquent, de ce jour, ils ont ce droit *in bonis*: il fait partie de leurs biens; ils en peuvent disposer, & ils le transmettent dans leur succession. Les héritiers de ces enfans pourroient donc l'exercer, quand même ces enfans seroient décédés avant que d'avoir donné aucune demande.

Si la femme avoit fait la Donation à son second mari, sous cette condition, si les enfans de son mariage, qu'elle laisseroit à son décès,

décédoient par la suite, avant l'âge de puberté, les héritiers de ces enfans pourroient-ils en demander le retranchement ? Quelques Arrêts ont jugé qu'ils ne le pouvoient; que cette Donation ne doit pas être regardée comme prejudiciable aux enfans du premier lit, puisque la mere, par la condition apposée à sa Donation, leur conserve ces biens dans le cas où ils atteindront l'âge de puberté. Je pense que ces Arrêts ne doivent pas être suivis : l'Edit ne distingue pas entre les enfans *impuberes* & les enfans *puberes*, entre ceux qui atteindront l'âge de puberté, & ceux qui ne l'atteindront pas. Il est fait en faveur des uns comme des autres. L'Edit annulle en leur faveur la Donation pour l'excédent de la part d'enfant; & les particuliers ne pouvant déroger à l'Edit, ni priver leurs enfans impuberes de l'action que l'Edit leur donne pour faire retrancher l'excédent de cette Donation, cette action leur doit donc être acquise nonobstant cette clause; & si elle leur est acquise, ils la transmettent à leurs héritiers.

§. V.

Si les enfans du premier mariage peuvent, du vivant de leur mere donatrice, renoncer au bénéfice de cet Edit ?

On convient assez réguliérement que les enfans ne peuvent pas renoncer, du vivant de la personne qui a fait la Donation à leur préjudice, au bénéfice de l'Edit.

La raison n'est pas qu'on ne peut répudier un droit, avant qu'il soit ouvert; car si on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert, au moins rien n'empêche qu'on ne puisse convenir qu'on n'en usera pas, lorsqu'il viendra à être ouvert.

La vraie raison pour laquelle les enfans ne peuvent pas renoncer au bénéfice de l'Edit, du vivant de leur mere, qui auroit fait une Donation excessive à son second mari, c'est qu'une telle renonciation seroit présumée n'avoir pas été faite avec une pleine liberté, mais par l'impression de l'autorité qu'une mere a sur ses enfans. La soumission que les enfans auroient, par cette renonciation, témoignée aux ordres de leur mere contre leurs intérêts, les rendant d'autant plus dignes de ses biens, ne doit pas être une raison pour les en exclure. D'ailleurs on ne doit pas laisser aux personnes qui se remarient ce moyen qu'elles auroient très-souvent d'éluder la Loi, en abusant de l'autorité qu'elles ont sur leurs enfans.

Il y a plus de difficulté de savoir si, dans le cas d'une Donation mutuelle & égale faite entre une femme & son second mari, les enfans du premier lit peuvent, du vivant de leur mere, & par le contrat du second mariage, renoncer au bénéfice de l'Edit.

Ricard, après Dumoulin, pense qu'ils le peuvent. La raison en est qu'en ce cas, ces enfans ont un motif tiré de leur intérêt, pour renoncer au bénéfice de l'Edit, & qu'ils ne renoncent pas gratuitement au droit

qu'ils pouvoient avoir un jour dans l'excès de la Donation de leur mere, mais qu'ils y renoncent en conséquence de l'espérance qu'ils acquierent de profiter des biens de leur beau-pere, dans le cas où il prédécéderoit leur mere. C'est une espece de contrat aléatoire, que les enfans, conjointement avec leur mere, font avec leur beau-pere, qui n'auroit pas donné ce qu'il a donné à sa femme, si lesdits enfans n'eussent promis de ne pas contester ce que la femme lui donnoit de son côté. Il n'y a donc pas lieu de présumer, en ce cas-ci, que la renonciation que font les enfans au bénéfice de l'Edit, leur ait été extorquée par l'autorité qu'avoit sur eux leur mere, puisqu'il paroit un autre motif qui a pu y donner lieu.

Si, dans le cas d'un don mutuel égal, fait entre une femme & son second mari, les enfans avoient renoncé au bénéfice de l'Edit, non par le contrat même, *sed ex intervallo*, du vivant de leur mere, en ce cas, comme ils n'auroient aucun intérêt à y renoncer, puisque, quand ils n'y auroient pas renoncé, ce don fait à leur mere par son second mari, n'en auroit pas moins subsisté, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette renonciation pourroit passer pour une conséquence de l'impression de l'autorité de leur mere, pour n'être pas parfaitement libre, & ne doit pas par conséquent être valable.

§. VI.

Questions touchant les Donations de part d'enfant.

Lorqu'une femme a fait par son contrat de mariage, Donation d'une part d'enfant à son second mari, & qu'elle laisse deux enfans, quelle doit être la portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs?

La portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs, lorsqu'il n'y a que deux enfans, est, aux termes des Coutumes de Paris & d'Orléans, les deux tiers de la masse des biens féodaux de la succession. Cette masse des biens féodaux de la succession n'est pas composée du total des fiefs que la femme possédoit lors de son décès; il en faut distraire la part donnée au mari, que la femme, par la Donation qu'elle lui en a faite, a retranchée de sa succession; laquelle part doit être égale à celle de l'enfant puîné, qui est le moins prenant. Il n'y a que ce qui reste, après la distribution de la part du mari, qui se trouve composer la masse féodale, de laquelle l'aîné doit avoir les deux tiers, & le puîné le tiers. Tout ceci présupposé pour régler les portions que doivent avoir chacune des parties, il faut diviser le total des fiefs que la femme avoit lors de son décès, en quatre portions; en distraire un quart pour le mari; des trois quarts restans, qui composent le total de la masse féodale de la succession, en donner deux à l'aîné, & l'autre au puîné: par ce moyen, chacun a ce qui lui appartient. L'aîné a les deux tiers du féodal de la succession, qui se trouve être la même chose que la moitié du total des fiefs qu'avoit la femme lors de son décès; le puîné a le tiers de la succession, qui se trouve être la même chose que le quart au total des

fiefs, & le mari se trouve avoir une portion égale à celle du puîné.

Lorsqu'il y a un plus grand nombre d'enfans, comment doit-on régler la portion avantageuse de l'aîné, qui est la moitié aux termes des Coutumes de Paris & d'Orléans? Il faut en ce cas diviser les fiefs, que la femme avoit lors de son décès, en deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une; en distraire une pour le second mari; donner à l'aîné la moitié de ce qui restera après cette distraction faite, & partager l'autre moitié par portions égales entre les puînés. *Finge*, la mere a laissé quatre enfans; un aîné & trois puînés: le total des fiefs qu'elle avoit lors de son décès, monte à 70000 livres: je divise ce total en deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une; c'est-à-dire, en sept portions, qui sont chacune de 10000 livres: j'en distrais une de ces sept portions pour le mari, qui est de 10000 livres. Dans les six septiemes restans, qui montent a 60000 livres, & qui composent toute la masse féodale de la succession de la mere, j'en donne la moitié à l'aîné qui est 30000 livres, & la même chose que les trois septiemes du total, & je donne 10000 livres à chacun des puînés. Par ce moyen, chacun a ce qui lui appartient. L'aîné a la moitié de ce qui compose le féodal de la succession, & le second mari a une portion égale à celle de l'un des puînés.

Lorsque la femme n'a laissé qu'un enfant, quelle part doit avoir le second mari dans les biens féodaux? Il y en a qui pensent qu'il ne doit y avoir que la part qu'auroit eu un puîné, s'il y en avoit eu un, c'est-à-dire, que l'enfant prendra le manoir, le vol du chapon & les deux tiers, & que le second mari aura le tiers. Je l'ai vu juger au Bailliage d'Orléans, par une Sentence dont il n'y a pas eu d'appel.

Je trouve de la difficulté dans cette décision, & je ne vois pas pourquoi le second mari n'auroit pas la moitié des biens féodaux, l'Edit n'ayant défendu autre chose, sinon que le second mari fût donataire de plus que se trouveroit avoir un enfant. Je ne vois pas pourquoi on donne, en ce cas-ci, un droit d'aînesse à l'enfant, ce droit d'aînesse n'ayant lieu qu'entre enfans cohéritiers, & non pas vis-à-vis d'un étranger, tel qu'est le second mari.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfant, quelle sera la part du second mari? Je ne pense pas que ce soit tout: car la femme auroit bien pu à la vérité, en ce cas, donner tout; mais elle ne l'a pas fait, puisqu'elle a donné une part, & qu'une part n'est pas tout. Dira-t-on que le second mari, en ce cas, ne doit avoir rien, parce que le mari donataire d'une part d'enfant se trouve être donataire d'une part qui n'est pas *in rerum naturâ*, ne pouvant pas y avoir une part d'enfant? Ce raisonnement est un pur sophisme. La femme a voulu donner une part: si elle a ajouté d'enfant, c'est pour signifier que cette part ne pourroit excéder celle d'un enfant. Mais elle a voulu donner une part, qui sera la moitié, suivant la Loi 164, ff. *de verb. signif.* qui dans l'espece d'un legs d'une part des biens, dit: *Si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.*

ARTICLE

ARTICLE VIII.

Du second Chef de l'Edit des Secondes Nôces.

L'article second de l'Edit des secondes nôces est conçu en ces termes : » Au
» regard des biens à icelles veuves acquis par dons & libéralités de leurs
» maris défunts, elles n'en pourront faire aucune part à leurs nouveaux maris;
» ains elles seront tenues les réserver aux enfans communs d'entr'elles & leurs
» maris, de la libéralité desquels iceux biens leur sont avenus. Le semblable
» voulons être gardé ès biens qui sont venus aux maris par dons & libéralités
» de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire part à
» leurs secondes femmes, mais seront tenus les réserver aux enfans qu'ils ont
» eus de leurs premieres. »

Cette disposition est tirée de la Constitution de Constantin, qui est en la Loi 3, *Cod. de secundis nuptiis*, & de celle qui est en la Loi 5, *Cod. dicto titulo*, & qui a étendu à l'homme qui se remarie, ce que la Loi 3 n'avoit accordé qu'à l'égard de la femme; ce qui est encore confirmé par la Novelle 98, Tit. 10, cap. 1°.

§. I.

Quelles choses sont comprises en ce second Chef de l'Edit ?

L'Edit porte : *Les biens acquis par dons & libéralités.* La Loi 3, d'où l'Edit est tiré, porte : *Quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causâ Donationibus factis.*

Il résulte des termes de la Loi, que tout ce que la femme a acquis à titre lucratif des biens de son premier mari, doit être réservé aux enfans du premier mariage; & comme il paroît que l'Edit a été fait sur le modèle des Loix Romaines sur cette matiere, il s'ensuit que, par ces termes dont l'Edit se sert, il ne faut pas seulement entendre ce qui a été donné à une femme par des Donations proprement dites de son premier mari, mais généralement tout ce qu'elle a eu de lui à titre lucratif, en vertu de ses conventions matrimoniales. De ces principes naîtra la décision de différentes questions.

Le préciput que la femme a eu de son premier mari, doit-il être réservé aux enfans du premier mariage ? La raison de douter est que le préciput est plutôt une convention matrimoniale qu'un don. Cette raison de douter devient plus grande, lorsque le préciput est réciproque; car le mari ne l'ayant accordé à la femme, dans le cas où elle le survivroit, qu'en conséquence de ce que la femme lui en accorderoit autant, dans

le cas où il la survivroit, c'est plutôt un contrat aléatoire qu'une libéralité & une Donation.

Néanmoins il faut dire qu'il doit être réservé aux enfans du premier lit; & la raison en est, qu'encore que ce ne soit proprement Donation ni libéralité, néanmoins, conformément aux principes que nous venons détablir, il suffit que le préciput soit un avantage, *lucrum nuptiale;* il suffit que la femme l'ait à titre lucratif, qu'il ne lui ait rien coûté, pour qu'il doive être réservé aux enfans du premier mariage.

Observez que le préciput de la femme qui accepte la communauté, se confondant pour moitié sur sa part, il n'y a que l'autre moitié qu'elle prend sur la part de son mari, qui soit un avantage, & qui doive être réservé aux enfans du premier mariage. Que si elle renonçoit à la communauté, le préciput qui lui auroit été accordé, même en cas de renonciation, seroit un avantage pour le total.

Il est aussi évident que le préciput du mari se confond pour le total, lorsque les héritiers de la femme renoncent. Le mari, en ce cas, n'est point obligé de rien réserver aux enfans de son premier mariage: s'ils acceptent, il doit en réserver la moitié.

Le douaire d'une femme en propriété, qui n'excede pas néanmoins la valeur du douaire coutumier, est-il sujet à la réserve? La raison de douter est que le douaire coutumier étant dû à la femme par le bénéfice de la Loi, le préfix qui est accordé pour en tenir lieu, lorsqu'il n'excede pas la valeur du coutumier, est plutôt censé l'acquittement d'une dette qu'une libéralité. Aussi nous avons vu qu'il n'étoit pas compris dans la premiere partie de l'Edit, & que le douaire accordé à la seconde femme, n'est pas regardé comme une Donation qui lui soit faite, qui doive être réduite à la part d'enfans. Néanmoins il faut dire dans cette seconde partie de l'Edit, que le douaire qu'une femme a eu de son premier mari, doit être réservé aux enfans du premier mariage; car il suffit qu'elle l'ait pris dans les biens de son premier mari, à titre lucratif, en vertu d'une convention matrimoniale. On ne peut pas dire que, tant qu'il tient lieu du coutumier, c'est *exsolutio debiti;* car le douaire coutumier n'est pas une dette, puisqu'on peut y déroger.

L'inégalité d'apport en la communauté est un véritable avantage, que celui des conjoints qui apporte le plus, fait à celui qui apporte le moins. C'est pourquoi, si ma premiere femme a apporté en communauté avec moi 20000 livres, & que je n'en aie apporté que 12000, c'est un avantage qu'elle me fait de la moitié des 8000 livres excédantes. Je serai donc obligé, si je me remarie, de réserver 4000 livres à mes enfans de mon premier mariage.

Les avantages que certaines Coutumes accordent au survivant noble d'avoir les meubles, ne sont pas compris dans l'Edit, le survivant ne les tenant d'aucune convention matrimoniale. A plus forte raison, ce que le survivant a eu de la succession de ses enfans, n'est pas sujet à l'Edit.

Il est vrai que le Droit Romain oblige la femme de conserver aux enfans de son premier mariage, ce qu'elle a eu de la succession de quelqu'un de ses enfans; mais cela n'a pas été adopté par notre Droit Coutumier; & même par le Droit Romain, cela n'avoit lieu qu'à l'égard de la femme, & non à l'égard du mari.

Pareillement, ce qui a été donné à une femme en faveur du mariage, mais par quelques parens de son mari, n'est pas compris dans l'Edit.

Cependant, si quelqu'un des parens du mari constituoit un douaire sans retour, on pourroit peut-être dire qu'il seroit compris dans l'Edit, par la raison qu'un mariage ne se contractant pas régulierement sans douaire, & le douaire étant une espece de condition de mariage, le parent du mari qui l'a constitué à la femme, peut être censé l'avoir fait pour & au nom du mari; d'où il suit que ce douaire peut être considéré comme venant du mari.

On ne pourroit pas dire la même chose d'une Donation; car, comme ce n'est pas une dépendance du contrat de mariage, que le mari fasse des Donations à sa femme, rien n'oblige de supposer que le parent du mari, qui les a faites à la femme, les lui ait faites pour & au nom du mari.

Il est évident que l'intérêt civil, qu'a une veuve pour l'assassinat de son premier mari, n'est pas compris dans l'Edit; car cet intérêt civil ne provient pas du mari, quoique ce soit à l'occasion du mari qu'il lui soit adjugé.

§. II.

De l'effet du second Chef de l'Edit.

L'Edit ordonne deux choses à l'égard des biens dont il a été parlé au paragraphe précédent.

1°. Que la femme n'en puisse faire aucune part à son nouveau mari. On ne doit donc pas les compter parmi les biens, dont la femme peut donner à son second mari une part d'enfant.

2°. L'Edit ordonne qu'elle soit tenue de réserver ces biens aux enfans communs d'elle & du mari, de la libéralité duquel elle les a eus.

L'Edit est différent de la Loi Romaine. Celle-ci dépouilloit la femme qui se remarioit, dès l'instant de son second mariage, de la propriété de ces biens, & la transféroit aux enfans du premier lit, en réservant seulement l'usufruit à la mere. L'Edit ne dépouille pas la femme qui se remarie de la propriété de ces biens; mais il lui ordonne de les réserver à ses enfans du premier lit: c'est donc une espece de fidéicommis légal, dont elle est chargée envers ses enfans.

De-là il suit, 1°. que les enfans du premier lit ne peuvent disposer de ces biens du vivant de leur mere, ni les transmettre dans leur succession, s'ils meurent avant elle.

2°. Que s'ils venoient tous à mourir avant elle, ce fidéicommis légal se trouvant éteint par leur mort, toutes les dispositions que la femme auroit faites de ces biens, & même les Donations qu'elle en auroit faites à son second mari, seroient valables.

3°. Que, lors de la mort de la mere, qui est l'échéance de ce fidéicommis légal, les enfans du premier lit recueillent ces biens, comme étant substitués par la Loi à leur profit; d'où il suit :

1°. Qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers, pour les recueillir.

2°. Que les enfans du second lit ne les partagent point avec eux.

3°. Qu'ils ne sont pas tenus, pour cela, d'une plus grande part des dettes de leur mere.

4°. Que si les biens ne se trouvent pas en nature, ils doivent en prélever le prix sur la succession de leur mere, comme en étant créanciers.

5°. Que cela ne leur est point imputé sur la légitime qui leur appartient dans les biens de leur mere.

6°. Qu'à l'exemple de l'hypotheque qui a lieu pour les substitutions, ils ont une hypotheque sur les biens de leur mere du jour de son second mariage, jour auquel s'est contracté le fidéicommis légal.

7°. Qu'ils peuvent évincer les tiers acquéreurs de ces biens, à moins qu'ils ne fussent héritiers de leur mere, qui les avoit vendus; car étant, en cette qualité d'héritiers, tenus de la garantie envers l'acquéreur, ils n'y seroient pas recevables, suivant la Regle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

Ne pourroit-on pas dire que, suivant la nouvelle Ordonnance des substitutions, ils y seroient recevables, en offrant, pour la portion dont ils sont héritiers, le prix qu'en a payé à leur mere le tiers acquéreur? Je ne le pense pas; car ce que la nouvelle Ordonnance a établi en faveur des substitutions testamentaires, étant établi par de sages vues à la vérité, mais contre la raison de droit, ne doit pas être étendu à cette substitution légale, suivant cette regle : *Quod contra rationem Juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Mais si les enfans ne peuvent, en ce cas, évincer les tiers acquéreurs, ils doivent avoir remploi du prix que leur mere remariée, qui les a vendus, en a reçu.

La Donation n'obligeant pas à la garantie, il s'ensuit que les enfans, quoiqu'héritiers de leur mere, peuvent évincer les donataires de ces biens.

Si la femme, qui s'est remariée, avoit aliéné ces biens avant son second mariage, les enfans du premier mariage n'en auroient pas moins le droit d'évincer les acquéreurs. Novelle 22, chap. 26. Car la femme n'a la propriété des biens qui lui ont été donnés par son premier mari, qu'à la charge de la restitution à ses enfans, dans le cas où elle se remarieroit. Cette condition est attachée par la Loi à la Donation qui lui en a été faite, & y est inhérente; & par conséquent, ces biens ne passent aux tiers acquéreurs que sous cette condition.

Par la Novelle de Justinien, la mere qui s'étoit remariée, ne pouvoit avantager de ce qui lui venoit d'un premier mariage, même un des enfans de ce mariage, au préjudice des autres ; ce qui est une conséquence du principe qu'elle étoit dépouillée de ces biens. Lebrun pense que cela ne doit pas être observé parmi nous, parce que la mere n'est pas dépouillée, mais simplement chargée d'une substitution légale au profit des enfans de son premier mariage. Mais ne suffit-il pas que, par ce fidéicommis légal, la femme soit devenue débitrice de ces biens envers ses enfans, pour qu'elle ne puisse disposer de ces biens au profit de l'un desdits enfans, au préjudice des autres qui sont également appellés au fidéicommis légal, comme celui au profit de qui elle en auroit disposé ? Il faudroit, pour soutenir le sentiment de Lebrun, dire que l'Edit a rendu ces enfans du premier lit créanciers solidaires de ces biens : *Correos credendi quorum natura est, ut solutio uni facta à cæteris liberet :* mais cela ne se peut pas dire, parce que, *correi credendi non intelliguntur, nisi hoc sit expressum.*

Aussi Duplessis & Ricard sont d'avis contraire à Lebrun.

Si le premier mari avoit donné ses biens à sa femme, à la charge de les restituer à ceux de ses enfans qu'elle choisiroit, Duplessis pense qu'elle conserveroit ce choix en se remariant ; car on peut dire que le mari ayant pourvu par lui-même, par un fidéicommis, à la conservation de ces biens pour ses enfans, il n'y a pas lieu au fidéicommis légal de l'Edit. *Provisio hominis derogat legis provisioni.*

Les héritages donnés par un premier mari à la femme qui s'est remariée, sont-ils propres paternels ou maternels dans la personne des enfans du premier lit qui les ont recueillis ? Suivant nos principes, ces biens n'étant pas recueillis par les enfans du premier lit, à titre d'héritiers de leur mere, ni pour leur en tenir lieu dans sa succession, mais comme des biens de leur pere, qui, au moyen du second mariage de leur mere, se trouvent ne lui appartenir qu'à la charge de les leur restituer, il s'ensuit qu'ils ne sont pas propres maternels, mais propres paternels. Ils sont donataires de leur pere au second degré, comme si leur pere eût donné ces biens à la charge de les leur restituer. La Loi supplée à ce que leur pere a manqué de faire.

C'est l'avis de Ricard & de Dumoulin. Duplessis & Lebrun soutiennent l'avis contraire, qu'ils appuyent de raisons qui ne méritent pas de réponse.

§. III.

A quels enfans doivent être réservés les biens donnés à leur mere ?

C'est aux seuls enfans du mariage de celui qui a donné les biens à sa femme qui s'est remariée, que les biens doivent être réservés.

Il n'est pas nécessaire, pour les recueillir, qu'ils soient héritiers de leur mere, ainsi que nous l'avons déjà observé : il n'est pas nécessaire

non plus qu'ils l'aient été de leur pere; car l'Edit ne leur réserve ces biens qu'en qualité d'enfans.

Celui, néanmoins, qui auroit été justement exhérédé par son pere, n'y peut rien demander; car si l'exhérédation le rend indigne de recueillir les biens de son pere à titre de succession, elle le doit rendre, à plus forte raison, indigne de les recueillir en vertu de l'Edit.

Celui qui est indigne, par rapport aux biens de son pere, d'avoir part même au droit commun des successions, doit, à plus forte raison, être réputé indigne d'un bénéfice particulier de la Loi. Tel est celui de l'Edit.

Celui qui n'auroit pas été exhérédé par son pere, mais par sa mere, pourroit-il y prendre part? On peut dire que l'exhérédation de la mere ne peut priver les enfans que de son bien; que ces biens, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant déférés aux enfans du premier lit, non comme biens de leur mere, mais comme biens de leur pere, celui qui n'a été exhérédé que par la mere, doit y avoir part. On peut dire, d'un autre côté, que le motif de l'Edit est tiré du devoir d'amour & de tendresse, que les femmes doivent conserver pour les enfans de leur premier mariage, auquel devoir l'Edit ne permet pas aux femmes de manquer. C'est ce qui résulte des termes de l'Edit: » Comme les femmes veuves.... mettant en » oubli le devoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels, tant » s'en faut qu'elles s'en dussent éloigner par la mort des peres, que les » voyant destitués de secours, elles devroient s'exercer à leur faire le double » office de pere & de mere ». Que si le motif de l'Edit, dans ces deux dispositions, est tiré du devoir d'amour envers les enfans, il s'ensuit que, lorsque les enfans s'en sont rendu indignes, le motif de l'Edit cesse; & par conséquent la raison de la Loi cessant, la Loi doit cesser à l'égard de tels enfans.

Quoique l'Edit, en la seconde partie, ne s'exprime pas sur les petits-enfans en termes exprès, comme il le fait en la premiere partie, néanmoins il n'est pas douteux que les petits-enfans sont compris dans cette seconde partie sous le terme général *d'enfans*, auxquels l'Edit ordonne à la femme qui se remarie, de réserver les biens qu'elle a eus de leur pere, & que les petits-enfans doivent venir par représentation au partage de ces biens. Les mêmes raisons, sur lesquelles l'Edit est fondé, se rencontrent à l'égard des petits-enfans, comme à l'égard des enfans. La femme qui se remarie, est obligée envers eux aux mêmes devoirs d'amour. Les droits, les espérances des petits-enfans aux biens de leurs parens, sont les mêmes que ceux des enfans propres: la femme doit donc être également tenue de les leur conserver.

On demande si l'aîné des enfans doit avoir droit d'aînesse dans les biens donnés à la femme qui s'est remariée par son premier mari? Il semble qu'il ne doit point y avoir de droit d'aînesse; car le droit d'aînesse est dû à l'aîné en qualité d'héritier. Or nous avons dit que ces biens appartenoient aux enfans, non en qualité d'héritiers, mais en leur seule qualité d'enfans du premier lit. Ricard, néanmoins, décide que l'aîné doit avoir droit d'aînesse dans ces biens. Son sentiment peut être fondé sur

une raison à-peu-près semblable à celle alléguée sur le premier chef de l'Edit; sçavoir, que l'Edit ordonne que ces biens soient conservés aux enfans du premier mariage, afin que les enfans qui souffrent un préjudice du mariage de leur mere, qui ordinairement transporte son amour à un nouveau mari & à de nouveaux enfans, ne souffrent pas un autre préjudice des Donations que leur pere lui a faites; & comme l'aîné souffriroit le plus de la Donation, il doit avoir à proportion plus de part au bénéfice de l'Edit qui conserve les biens de leur mere.

§. IV.

Quelques cas, dans lesquels la disposition de l'Edit doit cesser.

On demande si la disposition de l'Edit, qui oblige la femme qui s'est remariée à conserver à ses enfans du premier lit ce qu'elle a eu à titre lucratif de son premier mari, doit cesser, lorsque, lors de sa mort, elle ne laisse pas d'autres biens à ses enfans du second lit? Selon nos principes, il faut dire que sa disposition ne doit pas cesser d'avoir lieu; qu'en vain les enfans du second lit réclameroient leur légitime, parce que la légitime ne se prend que dans ce qui reste après les dettes payées, & que s'il ne reste rien, il n'y a point de légitime. Or la restitution de ces biens aux enfans du premier lit, est une dette que la femme a contractée en se remariant, ou, pour mieux dire, qu'elle a contractée par la Donation même, qui est censée n'être faite que sous la condition de cette restitution, dans le cas où elle se remarieroit.

Duplessis convient que notre décision est conforme à la rigueur du principe; mais il dit que l'équité pourroit peut-être faire décider autrement, selon les circonstances. Cette limitation souffre difficulté.

On demande si, lorsque le second mari est mort sans enfans, la femme recouvre la liberté de disposer des choses qui lui ont été données par son premier mari? Duplessis & Lemaître décident pour l'affirmative. Leur moyen est de dire que le second mariage cessant, & n'en restant aucun vestige, lorsque le second mari est mort sans enfans, la cause qui donnoit lieu à la prohibition de disposer, cesse; & par conséquent cette prohibition qui en est l'effet, cesse aussi. *Cessante causâ, cessat effectus*. Cette décision me paroît porter sur un faux fondement. Le second mariage n'est pas, à proprement parler, la cause de la prohibition de disposer. Cette cause est le fidéicommis légal, inhérent à la Donation dans le cas du second mariage: ce second mariage est seulement la condition d'où dépend le fidéicommis; & il suffit qu'il ait existé, pour qu'il y ait lieu au fidéicommis légal, lors de la mort de la femme, qui est la seconde condition d'où il dépend. Or la condition du convol en secondes nôces n'a pas moins existé, quoique le second mari soit mort sans enfans. Au reste, tous conviennent que, lorsqu'il y a des enfans du second mariage, la prohibition dure.

§. V.

Si les enfans du premier lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari ?

Il y a des Auteurs qui le disent; mais leur sentiment est sans aucun fondement.

ARTICLE IX.

De l'extension que les Coutumes de Paris & d'Orléans ont apportée à l'Edit, à l'égard des conquêts du premier mariage ?

La communauté que la femme qui se remarie, a contractée avec son premier mari, n'étant pas de sa nature un titre lucratif, mais un contrat de commerce où chacun apporte de son côté, il s'ensuit que les biens de cette communauté ne sont pas compris en la seconde disposition de l'Edit, & que la femme peut en disposer, & même les donner, ainsi que ses autres biens, jusqu'à concurrence d'une portion d'enfant, à son second mari.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans, par une disposition qui leur est particuliere, ont donné une extension à l'Edit, en défendant à la femme qui se remarie, d'avantager, en aucune maniere, des conquêts d'une précédente communauté, son second & autres subséquens maris, & même d'en disposer envers toutes autres personnes, au préjudice des portions que les enfans des précédens lits pourroient amander d'elle dans lesdits conquêts.

§. I.

Quels biens sont compris dans cette disposition ?

On a agité la question si le terme de conquêts, dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, comprenoit les biens, tant mobiliers qu'immobiliers de la premiere communauté; ou s'ils devoient être restreints aux immeubles ? On peut dire d'un côté, qu'encore que le terme de conquêts soit un terme générique, capable de signifier tout ce qui a été acquis durant la communauté, soit meuble, soit immeuble, néanmoins, dans l'usage de parler, on l'entend plutôt des immeubles que des meubles. D'ailleurs, la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer le mobilier acquis durant la premiere communauté, d'avec celui acquis avant & depuis; & le peu d'attention que nos Loix ont coutume d'avoir pour les meubles, sont des

des raisons qui portent à croire que nos Coutumes n'ont entendu parler que des immeubles dans cette disposition. Ces raisons sont fortes, & on rapporte un Arrêt de 1653, qui a jugé en conformité : mais depuis, il a été jugé par un célebre Arrêt du 4 Mai 1697, & un autre de 1698, appelé l'Arrêt de Garanger, & qui ont fixé sur ce point la Jurisprudence, que la Coutume de Paris comprenoit dans sa disposition, sous le terme de conquêts, tous les biens acquis durant la premiere communauté, tant les meubles que les immeubles. Ces Arrêts sont fondés sur ce que le terme de conquêts renfermoit tant les meubles que les immeubles, & ne doit pas être restreint aux seuls immeubles. La preuve en est que, dans d'autres articles de la Coutume, les immeubles acquis pendant une communauté ne sont pas appellés simplement conquêts, mais conquêts immeubles. Ajoutez à cela que la Coutume de Paris, dans sa premiere disposition, lorsqu'elle dit, que femme qui se remarie, ne peut avantager son second mari de ses propres & *acquêts*, plus que l'un de ses enfans, ayant renfermé sous ce terme, *acquêts*, tous les biens qui ne sont pas propres, soit meubles, soit immeubles, elle a fort bien pu aussi comprendre, sous le terme de *conquêts*, les meubles acquis pendant la communauté, ainsi que les immeubles. Enfin, la vue de la Coutume ayant été d'empêcher que les gains d'une premiere communauté fussent transférés au second mari, les meubles se trouvent également renfermés, comme les immeubles, dans la vue qu'a eu la Loi, & sur laquelle cette disposition est fondée.

C'est une autre question, si ce que la femme a apporté en communauté, pour la part qu'elle y a, est sujette à cette disposition ? On peut dire pour la négative qu'il y a grande différence entre ce que la femme a apporté elle-même en communauté, & ce qui a été acquis durant la communauté, ce qui a été acquis pendant la communauté ayant été acquis à la femme par les travaux du mari. Que si la femme ne tient pas proprement de son premier mari la part qu'elle y a, puisqu'elle l'a de son chef, au moins elle lui en est en quelque façon redevable. C'est pourquoi ces biens ayant quelque affinité avec ceux compris dans le second chef de l'Edit, la Coutume y a étendu une partie de la disposition de ce second chef de l'Edit, en défendant à la femme d'en avantager son second mari; n'ayant pas paru équitable que les travaux du premier mari servissent à enrichir le second. Or ces raisons ne se rencontrent pas à l'égard des biens que la femme a mis elle-même dans sa premiere communauté; d'où il semble qu'on doit conclure qu'ils ne sont pas compris dans la disposition de la Coutume.

Néanmoins Berroyer & Lauriere, dans leurs notes sur Duplessis, disent que c'est un des points établis par l'Arrêt de Garanger, ci-dessus cité, que la femme ne peut avantager son second mari, même des choses qu'elle avoit mis elle-même dans la communauté. La raison sur laquelle est fondé cet Arrêt, est que le terme de *conquêts* fait avec ses précédens maris, est un terme général qui comprend tout ce qui a fait partie

de la communauté, tant ce qui a été apporté par les conjoints, que tout ce qui a été acquis depuis; que l'intention des contractans, dans l'apport qu'ils font à la communauté, est que les choses que l'un des conjoints y apporte, sortissent la même nature, & soient susceptibles du même droit que les autres conquêts dans tout ce qui concerne l'intérêt de l'autre conjoint & de ses enfans.

§. III.

De la différence que la Coutume d'Orléans met entre le second mari & les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts.

La Coutume d'Orléans met cette différence entre le second mari & les étrangers, qu'elle défend absolument à la femme qui se remarie d'avantager son second mari, en aucune maniere, des conquêts de sa premiere communauté; au lieu qu'elle ne lui défend de disposer, soit à titre de Donation, soit à titre onéreux envers des étrangers, que des portions des conquêts que ses enfans du premier lit auroient pu avoir en sa succession, si elle n'en eût pas disposé.

La Donation faite au second mari d'un conquêt, est donc nulle pour le total; & le second mari ne peut retenir, dans le conquêt qui lui a été donné, les portions qu'y auroient les enfans du second lit, s'il ne lui eût pas été donné, en disant que la Donation qui lui en a été faite, n'étant nulle qu'en faveur des enfans du premier lit, elle ne doit être nulle que pour leur portion; car s'il pouvoit dire cela, il ne se trouveroit aucune différence entre lui & les étrangers. Cependant il y en doit avoir une, la Coutume l'ayant évidemment exprimée en ces termes: « Quant » aux conquêts, elle n'en peut aucunement avantager son second mari. » Toutefois peut disposer d'iceux à autres personnes, sans que cette » disposition puisse préjudicier en aucune façon aux portions que les » enfans du premier mariage pourroient amander de leur mere ». Ce terme *toutefois*, établit disertement une différence entre le second mari & les étrangers, & ne laisse aucun lieu de douter que les Donations de conquêts, faites au second mari, sont nulles en entier, & non pas seulement pour les portions des enfans du premier lit, ainsi que nous venons de l'établir.

Il est vrai que la disposition de la Coutume n'étant faite qu'en faveur des enfans du premier lit, s'il ne s'en trouve aucun lors de la mort de la femme, les enfans du second lit ne pourront pas attaquer de nullité la Donation faite à leur pere, de même que, dans le cas du second chef de l'Edit, ils ne pourroient pas, s'il n'y avoit aucun enfant du premier lit, faire réduire la Donation faite à leur pere, qui excéderoit une part d'enfant. Mais, de même que, dans le cas du premier chef de l'Edit,

les enfans du premier lit, quand il y en a lors de la mort de la mere, communiquent à ceux du second le droit qu'ils ont de faire retrancher ce qu'il y a d'excessif dans la Donation faite à leur pere, & qu'ils partagent tous ensemble ces biens retranchés, lesquels venant de leur mere commune, sont des biens auxquels ils ont tous un droit égal, de même, dans le cas de la Coutume, les enfans du premier lit, lorsqu'il s'en trouve lors du décès de leur mere, communiquent à ceux du second lit le droit qu'ils ont de faire annuller la Donation des conquêts, & les partagent tous ensemble, comme étant des biens de leur mere commune, qu'elle n'a pu donner.

Observez que, de même que, dans le cas du premier chef de l'Edit, il n'est pas nécessaire que les enfans soient héritiers de leur mere, qui a fait la Donation à son second mari, pour avoir part aux biens retranchés: il n'est pas pareillement nécessaire qu'ils le soient, pour partager les conquêts donnés au second mari; car la femme s'en étant dépouillée par la Donation qu'elle en a faite à son second mari, & qui, vis-à-vis d'elle, est valable, & n'est nulle qu'au respect de ses enfans, ces conquêts ne se trouvent plus dans sa succession, & ne peuvent par conséquent appartenir à ses enfans à titre de succession, mais seulement par le bénéfice de la Loi, qui leur donne une action révocatoire de la Donation.

On peut faire encore d'autres questions semblables à celles que nous avons faites touchant le premier chef de l'Edit, & qui se décident par le même principe.

Il n'en est pas de même des autres personnes, comme du second mari. Les Donations & les ventes que la femme qui s'est remariée à faites à d'autres personnes, ne sont, comme nous l'avons déjà dit, révocables que pour les portions des enfans du premier lit, & elles tiennent pour le surplus. Ceux du second ne participent point à l'action révocatoire, qui n'est accordée à ceux du premier, que pour leurs portions.

Il faut même que les enfans du premier lit, auxquels cette action révocatoire est accordée, renoncent à la succession de leur mere, pour qu'ils puissent répéter leur portion des conquêts vendus; car s'ils sont héritiers, ils succedent à l'obligation de garantie; & cette obligation exclut leur action.

Que si c'est à titre de Donation que la mere a disposé, comme la Donation ne produit pas d'obligation de garantie, il s'ensuit que les enfans du premier lit pourront, quoiqu'héritiers de leur mere, répéter leurs portions contre les donataires des conquêts.

De-là naît un inconvénient; car les enfans du second lit n'ayant pas le même droit, il se trouvera que les enfans du premier lit, venant à la succession de leur mere, seront plus avantagés dans les biens de leur mere que ceux du second, venant également comme eux à la succession; ce qui est contraire aux principes de notre Droit François, en matiere de succession.

Observez que la Coutume ne met une différence entre les seconds

maris & les autres personnes, que pour le titre de Donation; ainsi qu'il résulte de ces termes, *ne peut aucunement avantager*. Quant aux titres onéreux & de commerce, le mari se trouve confondu avec les autres personnes dans la prohibition générale faite à la femme de disposer.

Lors donc que la femme a apporté en la communauté de son second mari des conquêts de la premiere communauté, contre autant de bien que le second mari a apporté de son côté, cet apport égal étant un contrat onéreux, les enfans du premier lit renonçant à la communauté, & même à la succession de leur mere, ne pourront répéter contre le second mari leurs portions dans les conquêts apportés en communauté.

Il reste une question de savoir si la différence que la Coutume d'Orléans met entre le second mari & les autres personnes, touchant la disposition des conquêts, a aussi lieu en la Coutume de Paris. De la maniere qu'elle s'explique, il semble qu'elle confonde le second mari avec les autres personnes; car, sans faire aucune distinction des personnes, elle s'exprime ainsi: « *& quant aux conquêts faits avec ses précédens maris*, n'en peut disposer au préjudice des portions, dont les enfans du premier mariage pourroient amander ».

§. III.

En quoi different les dispositions des Coutumes de Paris & d'Orléans, touchant les conquêts, & le second chef de l'Edit, touchant les choses données par le premier mari?

La principale différence, d'où naissent toutes les autres, est que le second chef de l'Edit ordonne à la femme qui se remarie, de conserver aux enfans du précédent mariage, à l'exclusion de tous autres, ce qui lui a été donné par leur pere; au lieu que les Coutumes de Paris & d'Orléans n'ordonnent pas à la femme qui se remarie de conserver les conquêts qu'elle a d'un précédent mariage; mais elles lui défendent seulement d'en avantager son second mari, & même d'en disposer en faveur de quelque personne que ce soit, au préjudice des parts que les enfans du premier mariage pourroient prétendre en sa succession dans lesdits conquêts, si elle n'en eût disposé.

La raison de différence est que les biens qui ont été donnés à la femme par son premier mari, peuvent être considérés comme des biens de son premier mari, qu'il n'a donnés à sa femme, qu'à la charge de les restituer à sa mort à ses enfans, dans le cas où elle se seroit remariée. L'Edit supplée à la Donation qui en a été faite cette clause de substitution légale, à laquelle l'existence des deux conditions de remariage, & de la mort de la femme donnent lieu. C'est pour cette raison que l'Edit les défere aux seuls enfans du premier lit. On ne peut pas dire la même chose des conquêts: quoique la femme soit redevable de ces conquêts aux soins &

aux travaux de son mari ; néanmoins ces conquêts, qui, par le partage de la communauté, sont tombés dans son lot, sont des biens qui ne lui viennent pas de son mari, qui sont même censés n'avoir jamais appartenu à son mari, mais avoir toujours, & dès le temps de leur acquisition, appartenu à la femme, suivant l'effet rétroactif des partages ; & par conséquent ils ne peuvent être considérés autrement que comme des biens de la femme, auxquels, par conséquent, tous les enfans de cette femme, tant ceux du second, que ceux du premier lit, ont un droit égal.

Ces différences fondamentales, présupposées entre le second chef de l'Edit, & la disposition de nos Coutumes, il sera facile d'en parcourir toutes les especes de différence, & d'en appercevoir les raisons.

PREMIERE DIFFÉRENCE.

Il y a lieu au second chef de l'Edit, lorsque la femme qui s'est remariée, meurt, soit qu'elle ait disposé, soit qu'elle n'ait pas disposé des choses qui lui ont été données par son premier mari ; & ces choses appartiennent aux seuls enfans de son premier mariage, soit qu'ils soient héritiers de leur mere, soit qu'ils ne le soient pas. Au contraire, il n'y a pas lieu à la disposition de nos Coutumes, touchant les conquêts, lorsque la femme qui s'est remariée, est morte sans en avoir disposé ; & ils se partagent comme biens de sa succession, entre tous ses enfans, tant du premier, que du second lit, qui ne peuvent en ce cas y prendre part qu'en qualité d'héritiers de leur mere.

SECONDE DIFFÉRENCE.

C'est que, selon les Coutumes de Paris & d'Orléans, lorsque la femme a disposé des conquêts, il n'y a lieu à l'action révocatoire, que pour les portions des enfans du premier lit, & la disposition vaut pour le surplus ; au lieu que, par le second chef de l'Edit, la disposition que la femme qui s'est remariée, a faite des choses à elle données par son premier mari, est infirmée pour le total par les enfans du premier lit.

TROISIEME DIFFÉRENCE.

Il n'y a que les aliénations faites durant le second mariage, qui puissent recevoir atteinte pour les portions des enfans du premier lit. Celles faites auparavant n'en peuvent recevoir aucune, à moins qu'on ne justifie qu'elles eussent été faites en fraude, & dans le dessein d'en faire passer le prix au second mari, que la femme étoit sur le point d'épouser. Pareillement, celles faites depuis la dissolution du second mariage, ne peuvent recevoir aucune atteinte : nos Coutumes le décident en termes formels. Au contraire, par le second chef de l'Edit, les enfans du premier lit peuvent

revendiquer contre les tiers-acquéreurs les choses données par leur pere à leur mere qui s'est remariée, en quelque temps que ce soit qu'elle en ait disposé, soit avant, soit depuis son second mariage. La raison de différence est que, dans le cas du second chef de l'Edit, c'est le second mariage qui donne lieu à la substitution légale des biens donnés à la femme qui s'est remariée, par son premier mari, & non pas les aliénations que la femme en fait, puisque, quand même elle ne les auroit pas aliénés, la substitution ne laisseroit pas d'avoir lieu au profit des enfans du premier mariage, comme nous l'avons vu ci-dessus; au lieu qu'à l'égard des conquêts, la Coutume n'ayant fait autre chose que d'interdire à la femme qui s'est remariée d'aliéner les conquêts de son premier mariage, au préjudice des portions des enfans du premier lit, la substitution légale de ces conquêts, au profit desdits enfans, ne peut naître que de l'aliénation même qui en est faite contre la défense de la Loi. Il n'y a que celles faites durant le second mariage, qui soient faites contre la défense de la Loi: il n'y a donc que celles-là qui puissent donner lieu à la substitution légale des conquêts au profit des enfans.

QUATRIEME DIFFÉRENCE.

Les biens que les enfans recueillent, en vertu de la substitution légale du second chef de l'Edit, leur sont, comme nous l'avons décidé en l'article précédent, propres paternels, comme étant censés n'avoir été donnés à leur mere, qu'à la charge de les leur rendre. Au contraire les conquêts, dans le cas de nos Coutumes, leur sont propres maternels par les raisons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Quand les dispositions des Coutumes de Paris & d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu? & si elles s'étendent à l'homme qui se remarie?

Les dispositions des Coutumes, touchant la défense qui est faite à la femme qui se remarie de disposer des conquêts, au préjudice des portions des enfans du premier lit, cessent par la dissolution du second mariage. Nos Coutumes déclarent formellement qu'elle recouvre la faculté d'en disposer à son gré.

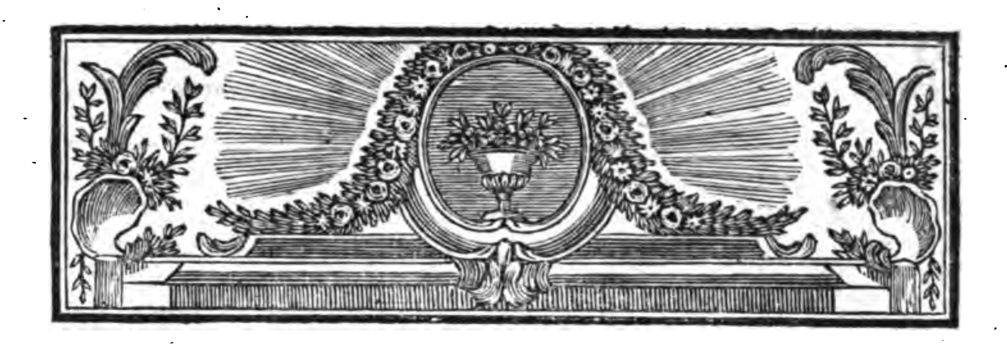
La disposition de ces Coutumes cesse encore plus par le prédécès des enfans du premier mariage avant leur mere.

Quant à la question, si la disposition de ces Coutumes devoit s'étendre à l'homme qui se remarie, elle a fait difficulté autrefois. Plusieurs pensoient qu'elle ne devoit pas s'y étendre, la même raison ne militant pas pour l'homme, comme pour la femme. L'homme ayant la part principale à l'administration des affaires de la communauté, & en étant même le seul administrateur, c'est à ses soins, à ses travaux, que la femme est redevable des acquisitions qu'elle a faites avec lui; ce qui l'oblige plus,

particulierement à conserver aux enfans qu'elle a eus avec lui, les portions qu'ils doivent amander dans ces conquêts; & c'est peut-être ce qui a servi de motifs aux dispositions de nos Coutumes. Or, cette raison étant particuliere à la femme, il paroissoit s'ensuivre que la disposition de ces Coutumes ne devoit pas être étendue à l'homme. Cependant, par l'Arrêt de 1697, que nous avons déjà cité, & qui a fixé la Jurisprudence, il a été jugé que l'homme qui se remarie, ne pouvoit pas avantager sa seconde femme des conquêts de sa premiere communauté : & en ce point, la disposition de ces Coutumes a été étendue à l'homme. Elle ne l'est pas néanmoins en tout point; car il paroît par l'Arrêt de Sourdeval, que toutes sortes de dispositions faites à d'autres personnes qu'à une seconde femme, ne sont pas interdites à l'homme qui s'est remarié, comme elles le sont à la femme.

Fin du Traité des Donations Entre-vifs.

TRAITÉ



TRAITÉ DES PERSONNES ET DES CHOSES.

PREMIERE PARTIE.

Des Personnes.

TITRE PREMIER.

Division des Personnes, en Ecclésiastiques, en Nobles, Gens du Tiers-Etat, & Serfs.

SECTION PREMIERE.

Des Ecclésiastiques, & de leurs Privileges.

Les Ecclésiastiques composent le premier Ordre du Royaume. Ils sont distingués des autres Sujets par plusieurs privileges que nos Rois leur ont accordés.

Les avantages dont ils jouissent, sont, ou des honneurs, ou des droits utiles.

Nous ne parlerons pas ici des droits utiles qui leur ont été accordés, parce que nous n'avons maintenant pour objet, que de traiter des Personnes.

Nous nous bornerons donc aux droits personnels qui concernent les Ecclésiastiques.

Lorsque nous disons que les Ecclésiastiques composent le premier Ordre du Royaume; c'est-à-dire, qu'ils ont le pas & la préséance sur les Laïcs dans les Eglises; & dans les Cérémonies de Religion; dans les Assemblées politiques, le Corps du Clergé précede aussi les autres Corps, comme il paroît par les séances des Etats généraux ou particuliers; de même, dans les Parlemens, on prend les voix des Conseillers-Clercs avant celles des Laïcs; dans les Provinces, l'Archevêque précede les Gouverneurs; les Corps des Chapitres des Eglises Cathédrales, ont la préséance sur les Corps des Bailliages, Sénéchaussées ou Présidiaux.

A l'égard du rang que les Corps du Clergé doivent garder entr'eux, il se regle, suivant les anciens usages. Voyez M. Fleury, partie 1re, chap. 29.

Les exemptions accordées aux Ecclésiastiques sont de deux sortes. Les unes sont purement personnelles, & tendent à leur conserver le repos nécessaire pour vaquer à leurs fonctions. Les autres sont réelles-personnelles, & regardent plus la conservation de leurs biens; car, puisque le Public les entretient & les récompense de leur travail, il est juste de leur conserver leur revenu, & de ne pas prendre d'une main ce qu'on leur donne de l'autre. M. Fleury, Instit. au Droit Ecclésiast.

Les exemptions réelles-personnelles sont, 1°. que les Ecclésiastiques ne sont compris dans aucunes des impositions pour la subsistance des Troupes & fortifications des Villes, réparations de murs, ponts & chaussées, ni généralement pour aucuns octrois, subventions ou autres emprunts de Communautés. (Mém. Part. 4, ch. 23,) ce qui est fondé sur les Ordonnances de 1568, 1571, 1572 & 1574. Néanmoins cette exemption ne doit pas s'étendre aux cas de nécessités publiques, suivant l'Arrêt solemnel de la Cour des Aides de 1596, rendu en Avril, qui déclare les Ecclésiastiques contribuables aux nécessités publiques, telles que la fortification & la clôture des Villes, comme aussi aux frais qui se font pour honorer les premieres entrées des Rois & Reines de ce Royaume. Ils doivent aussi, dans les temps de misere & de disette, contribuer aux aumônes publiques pour la nourriture des pauvres.

L'assemblée, pour faire la taxe, doit même se faire en présence de l'Evêque, qui doit y présider, ou son Grand-Vicaire en son absence. S'il n'y a pas d'Evêque, ce doit être l'Ecclésiastique le plus qualifié; ce qui doit même s'observer dans les Villes où il y a Parlement, & où il n'y a pas d'Evêché.

2°. Les Ecclésiastiques sont exempts des tailles personnelles pour leurs biens ecclésiastiques, pour leur titre clérical, & pour ce qui leur échevoit par succession, en ligne directe seulement, pour leur part héréditaire, aussi bien que pour les revenus des Bénéfices & des dîmes qu'ils font valoir par leurs mains, ou qu'ils tiennent à ferme: mais ces privileges, dit M. Fleury, ont reçu de grandes atteintes dans les derniers temps. En la plupart des lieux, les Ecclésiastiques sont compris à la taille pour les biens qu'ils font valoir; les Intendans les taxent d'office pour les dîmes qu'ils

tiennent à ferme, & les Habitans les imposent sous le nom de faisant valoir leurs dîmes. Les Ecclésiastiques ne sont plus exempts que pour une des fermes de leur Bénéfice; du reste, ils peuvent faire valoir leurs terres par leurs mains, jusqu'à concurrence de quatre charrues, pourvu qu'elles soient situées dans la même Paroisse. S'ils en font valoir davantage, ou s'ils en prennent à ferme, ils sont sujets à la taille. Cependant les Curés peuvent prendre à ferme les dîmes de leur Paroisse, sans qu'on puisse les imposer à la taille.

3°. Les biens appartenans à l'Eglise, sont francs comme les biens nobles. Les Ecclésiastiques peuvent posséder des biens nobles, sans être sujets aux droits de franc-fief: la plupart des Coutumes les exemptent même des corvées réelles; & dans celles où ils n'en sont pas exempts, ils ne sont pas obligés de les remplir par eux-mêmes; il suffit qu'ils les fassent faire par d'autres. Ils ne sont pas non plus assujettis aux bannalités de moulin, de four & de pressoir.

4°. Dans les Pays où l'impôt du sel a lieu, les Ecclésiastiques en sont exempts, comme de la visite de leur maison pour recherche de faux sel: ils sont encore exempts du droit d'Aides pour les vins de leur cru, soit Bénéfice ou patrimoine, ou provenant de leur titre clérical. Ils ne sont pas sujets au droit de vingtieme, s'ils le vendent en gros, ni au huitieme ni quatrieme, s'ils le vendent en détail. Arrêt de la Cour des Aides, du 4 Août *1632*, Ordonnance de *1616*. Il en est de même du vin qui provient de leur dîme, ou des pressoirs bannaux, dont la bannalité est établie avant 1650. Le vin donné aux Curés ou aux Vicaires pour leur portion, est réputé vin de leur cru.

5°. Par un privilege particulier, on a accordé aux Ecclésiastiques, à cause des troubles qui ont agité le Royaume, la dispense de représenter leurs titres, pour constater les droits qu'ils prétendent; il suffit qu'ils aient des actes de possession qui puissent y suppléer.

Pour ce qui est des exemptions personnelles des Ecclésiastiques, elles consistent;

1°. En celle de la Jurisdiction. Les Ecclésiastiques ont obtenu de nos Rois le privilege de pouvoir demander leur renvoi dans leurs causes pures personnelles, où ils sont défendeurs devant les Juges d'Eglise; & les Juges d'Eglise peuvent aussi les revendiquer, lorsqu'ils n'ont pas demandé le renvoi.

Il faut néanmoins observer que le Juge Ecclésiastique seroit incompétent, s'il étoit question d'une cause pure personnelle, qui emportât dérogation au privilege Ecclésiastique. *V. G.* si un Ecclésiastique avoit accepté une tutelle, dont il seroit comptable au Juge laïc, ou s'il avoit fait quelques actes de commerce; auquel cas il seroit justiciable des Consuls ou autres Juges laïcs.

Mais cette permission de demander son renvoi devant le Juge Ecclésiastique, n'est accordée qu'à ceux qui sont dans les Ordres sacrés; c'est-à-dire, au moins Sous-Diacres, & aux Religieux Profès.

Ils ont aussi le même privilege dans les matieres criminelles ; & s'il s'agit du délit commun, le Juge Ecclésiastique en connoît seul : si, au contraire, il s'agit d'un cas privilégié, la procédure doit être instruite conjointement par le Juge d'Eglise, & par le Juge Laïc.

Les Ecclésiastiques peuvent aussi, en tout état de cause, demander à être jugés, toute la Grand'Chambre du Parlement, où la procédure est pendante, assemblée. *Ordonn. de* 1670, *tit.* 1, *art.* 21.

2°. Les Ecclésiastiques sont exempts des charges municipales & des charges de tutelles & curatelles, à moins qu'ils ne les acceptent volontairement.

3°. Ils sont exempts de la contrainte par corps, portée par l'Ordonnance de Moulins, pour dettes civiles, même pour les dépens auxquels ils seroient condamnés. Il faut cependant excepter le cas auquel ils auroient contracté des obligations qui les auroient fait déroger à leurs privileges.

L'Ordonnance de 1667 porte, que les meubles des Ecclésiastiques, destinés au Service Divin, où à leur usage, même leurs livres, jusques à concurrence de 150 liv. ne peuvent être saisis ni exécutés par leurs créanciers ; & ceux-ci doivent leur laisser une certaine portion des fruits de leur Bénéfice pour leur subsistance. Le titre clérical ne peut pas non plus être saisi ni décrété : c'est pour cela qu'il doit être publié au Prône des Paroisses, afin que ceux qui y ont intérêt, puissent former opposition à l'établissement de ce Titre.

4°. Ils sont dispensés du service militaire, qui se devoit autrefois à cause des fiefs, & n'a plus lieu qu'à la convocation de l'arriere-ban. Ils ne sont pas même obligés à fournir d'autres personnes, pour servir à leur place, ni à payer aucunes taxes pour cet effet. Ils sont aussi exempts de guet & de garde. Blois, *art.* 55 & 56. Ils sont encore exempts des logemens de gens de guerre. Il est défendu aux gens de guerre, sous peine de la vie, de loger dans les Maisons Presbytérales, ou autres affectées aux Bénéfices, ou dans les maisons d'habitation des Ecclésiastiques ; & aux Maires & Echevins de Ville, & aux Fourriers des logis, de donner des billets pour y faire loger, ou d'imposer sur les Ecclésiastiques aucunes taxes, pour raison de logement, ustensiles, ou fournitures telles qu'elles soient.

Tous les Clercs, comme nous l'avons dit, ne jouissent pas des privileges accordés aux Ecclésiastiques. Il faut qu'ils soient constitués dans les Ordres sacrés, ou au moins Clercs tonsurés, & pourvus de quelques Bénéfices. Ceux même qui ne sont pas connus comme Ecclésiastiques, quoiqu'ils le soient en effet, soit qu'ils soient travestis, vagabonds ou autrement, ne jouissent pas de ces privileges.

SECTION II.

De la Noblesse & de ses Privileges; comment elle se perd; de quelle maniere elle se recouvre, & des Usurpateurs de Noblesse.

La Noblesse considérée comme le second Ordre de l'Etat, comprend tous les Nobles du Royaume : mais si on la considere comme une qualité distinctive de plusieurs personnes, elle peut se définir un titre d'honneur, qui donne à ceux qui en sont revêtus plusieurs privileges & exemptions.

On distingue deux sortes de noblesse; celle de race, & celle de concession.

ARTICLE PREMIER.

De la Noblesse de Race.

La noblesse de race est celle dont on ne connoît pas l'origine, ou, comme le dit Loiseau, dont on ne peut coter le commencement. Les actes de possession suffisent pour la prouver. Suivant le Réglement des Tailles de 1600, la possession du pere & de l'ayeul est regardée comme suffisante. La Déclaration de 1664, exigeoit que l'on rapportât des preuves de cette possession depuis 1550. Cependant aujourd'hui il suffit de rapporter des extraits baptistaires, des contrats de mariage, des partages & autres actes de familles, dont les dates remontent au-delà de cent ans, & qui justifient que, depuis ce temps, ses ancêtres ont vécu noblement, & ont été qualifiés comme tels. Si, néanmoins, il y avoit preuve contre celui qui avance cette possession de cent ans, qu'il a eu avant ce temps des ancêtres roturiers, il ne seroit pas noble. La noblesse est imprescriptible; & ce qui est imprescriptible, ne peut s'acquérir que par les voies de droit. La raison de ce que la noblesse n'est pas sujette à la prescription, est que ses effets sont de donner à ceux qui en sont décorés l'exemption de plusieurs charges; & en cela elle est contraire à l'intérêt primitif de l'Etat, qui demande que tous les membres en supportent également les charges. Si donc quelques Personnes sont exemptes de ces charges, ce ne peut être que par privilege : or tout privilege demande une concession expresse, & ne peut jamais s'acquérir par prescription.

La preuve de la possession immémoriale de la noblesse doit renfermer, de la part de celui qui annonce cette possession, deux choses; savoir, sa filiation, & la possession de ses ancêtres.

1°. Sa filiation : en effet, ce seroit en vain qu'il prétendroit que ses ancêtres ont été nobles, s'il ne prouvoit pas qu'il descend d'eux en ligne directe; & il soutiendroit inutilement qu'il a reçu d'eux la noblesse, s'il ne fait voir que c'est d'eux qu'il a reçu la naissance. Si, lorsqu'on dispute à un fils de famille la succession de son pere, à laquelle il est

appellé par la voie unanime de la nature & de la Loi, la premiere chose qu'il doive faire, est de prouver sa filiation; c'est-à-dire, qu'il est véritablement fils de celui dont on lui conteste la succession, à combien plus forte raison celui qui se prétend noble de naissance, doit-il montrer sa descendance de race en race de ceux qu'il prétend lui avoir transmis sa noblesse, qui n'est pas une qualité introduite par le Droit civil en faveur des Citoyens, mais un privilege, dont il ne décore qu'un certain nombre de personnes?

2°. La preuve de la noblesse de race doit démontrer la possession des ancêtres, qui ont toujours pris la qualité de Chevalier, d'Ecuyer, même de Noble, qui est la qualification ordinaire des Gentilshommes en Normandie, & dans les Pays de Droit écrit.

Dans quelques-unes des Provinces de Droit écrit, comme le Lyonnois, le Forez & le Beaujollois, les Officiers de Justice, les Avocats & Médecins prennent la qualité de Nobles; mais cette qualité ne leur donne, ni à eux, ni à leurs enfans, aucun titre de noblesse, s'ils ne l'ont de race & d'ancienneté.

Nous avons dit ci-dessus que la noblesse de race étoit suffisamment prouvée par une possession de cent ans. En Normandie, on suit une autre regle; il faut prouver quatre degrés ou générations de noblesse; & ces quatre degrés seroient suffisans, quand même ils ne remonteroient pas au-delà de cent ans; mais aussi, s'il falloit remonter plus loin, la preuve de ces quatre degrés est absolument nécessaire.

Plusieurs de nos anciens Auteurs ont cherché l'origine de cette ancienne noblesse. Quelques-uns d'eux croient la voir établie chez les anciens Gaulois; mais il est bien plus raisonnable de ne pas donner à cet établissement une origine plus ancienne que la Monarchie. Pasquier, Loiseau & quelques autres nous apprennent que les Francs, après avoir conquis les Gaules sur les Romains, conserverent sur eux la supériorité que la victoire peut donner au vainqueur sur les vaincus. Les avantages qui furent une suite de cette supériorité, étoient en grand nombre. Les Francs pouvoient seuls porter les armes : ils étoient seuls admis aux Dignités de l'Etat. Les bénéfices, connus depuis sous le nom de fief, leur étoient affectés : ils avoient leur entrée dans les assemblées générales de la Nation, qui se tenoient annuellement.

Il faut cependant observer que les Francs, soit au moment de leur conquête, soit depuis, admirent quelques Romains à leurs franchises. Tous les Romains que le Roi admettoit à sa table, étoient eux & leurs enfans incorporés à la Nation des Francs. C'étoit une espece d'anoblissement. Il y a lieu de présumer qu'à cette distinction des Francs & des Romains, succéda celle des Nobles & des Roturiers; que les Nobles furent ceux qui descendoient des Francs, & se trouvoient en possession de leurs privileges, & que les Roturiers, au contraire, furent ceux qui descendoient des Romains, ou qui avoient été réduits à leur condition. On se convaincra de plus en plus de la vérité de cette origine, si on considere que les privileges dont jouit la noblesse, sont presque tous ceux dont les Francs étoient en possession.

ARTICLE II.

De la Noblesse de Concession.

La noblesse de concession est celle qui est accordée par le Roi. Lui seul peut la donner. Les concessions qu'il en fait, sont, ou générales, ou particulieres.

Les concessions générales sont celles qui ont lieu en faveur de tous les descendans mâles, de tous ceux qui ont été pourvus de certains Offices auxquels elle est attachée. La noblesse est attachée à quelques-uns de ces Offices au premier degré : il suffit que le pere les ait possédés, pour que le fils soit noble. Tels sont les Offices de la Couronne, ceux des Cours Souveraines, ceux de Secrétaires du Roi, soit du grand, soit du petit Collége, & quelques autres. Il y a au contraire des Offices, tels que ceux des Trésoriers de France, auxquels la noblesse n'est attachée qu'au second degré : il faut que le pere & l'ayeul aient été pourvus de ces Offices, pour que le fils soit noble.

Mais, pour que celui qui est pourvu d'un Office auquel la noblesse est attachée, puisse l'acquérir, & la transmettre à ses descendans, il faut qu'il ait possédé l'Office pendant vingt ans, ou qu'il en soit mort revêtu ; ce qui a lieu, soit pour les Offices auxquels la noblesse a été attachée au premier degré, soit pour ceux auxquels elle n'est acquise qu'au second ; & dans ce second, il faut que le pere ou l'ayeul aient chacun possédé l'Office pendant vingt ans, ou en soit mort revêtu.

On demande de quel temps ces vingt ans commencent à courir ; si c'est du jour des provisions, ou du jour de l'installation ? On ne peut faire courir les vingt ans du jour des provisions, si l'on considere que la noblesse n'est pas tant attachée à la propriété de l'Office, qu'à l'exercice ; car les provisions ne font que donner un droit à l'Office ; & elles ne conferent pas la qualité d'Officier. Ce n'est donc pas évidemment du jour des provisions, que doivent courir les vingt ans. Mais peut-on même les faire courir du jour de la réception ; ou ne doivent-ils pas plutôt commencer à n'être comptés que du jour de l'installation ? A la vérité on acquiert le caractere d'Officier par la réception ; mais on n'entre dans l'exercice de l'Office que par l'installation : & si la noblesse est attachée à l'exercice de l'Office, si elle en est la récompense, il s'ensuit que les vingt ans d'exercice ne doivent commencer que du jour de l'installation. Il en résulteroit donc que celui qui décéderoit après avoir obtenu les provisions d'un Office qui annoblit ; après même avoir été reçu dans cet Office, mais avant son installation, n'auroit pas la noblesse, & ne la transmettroit pas à ses descendans. Mais, malgré ces raisons, qui sont très-fortes, l'opinion contraire a prévalu. Il paroît qu'on tient pour constant que les vingt ans requis pour acquérir la noblesse, commencent à courir du jour de la réception. On se fonde sur ce que les Edits de création n'exigent rien autre chose, sinon que le Titulaire ait possédé l'Office, & ait été Officier pendant vingt ans.

On a aussi proposé la question de savoir si le titulaire de l'Office auquel la noblesse est attachée, qui viendroit à résigner avant vingt ans d'exercice, mais après avoir obtenu des Lettres de vétérance, acquerroit la noblesse. L'affirmative paroît former le sentiment le plus unanime & le mieux fondé. Celui qui a obtenu des Lettres de vétérance, demeure toujours Officier, il doit acquérir tous les droits qui sont attachés à son office. Or, la noblesse en est un des premiers & des plus considérables; on ne peut donc le lui contester.

Outre les différens offices de Justice & de Finance, auxquels nos Rois ont attaché la noblesse, il y a aussi plusieurs offices municipaux, qui, dans certaines villes, conferent la noblesse à ceux qui les obtiennent. On peut voir dans le Dictionnaire des Arrêts, sur le mot *Noblesse*, les différentes villes où les Maires & Echevins acquierent la noblesse par une concession particuliere de nos Rois. Nous observerons cependant que dans plusieurs de ces villes, il n'y a que la Mairie qui confere la noblesse.

Comme l'exercice de ces offices est limité à un certain temps, il en résulte que, pour acquérir la noblesse qui y est attachée, il n'est pas nécessaire de les avoir possédés pendant vingt ans, comme cela est requis pour les autres offices; mais il faut observer, par rapport à ces offices, la seconde regle dont nous avons parlé, qui est que ceux qui meurent avant la fin de leur exercice, n'en acquierent pas moins la noblesse pour la transmettre à leurs descendans; mais ceux qui ont été nommés à ces offices, doivent prendre un certificat dans la forme ordinaire, qui prouve qu'ils ont été effectivement pourvus, & ce certificat leur sert de preuve de noblesse.

Par une concession générale du Prince, la noblesse s'acquiert encore par le Service militaire.

Ce n'est que depuis très-peu d'années, que le Service militaire confere la noblesse. Louis XV voulant récompenser ceux de nos Militaires qui avoient défendu l'Etat avec tant de zèle & de courage pendant la guerre, ne s'est pas contenté, ainsi que les Rois ses Prédécesseurs, de leur donner des marques de sa reconnoissance par des honneurs & par des pensions; il a porté sa générosité plus loin. Considérant que ces honneurs & ces bienfaits leur étoient personnels, & s'éteignoient avec eux; il a voulu les honorer par des distinctions plus durables, & qu'ils pussent transmettre à leur postérité. Il a donné un Edit au mois de Novembre 1750, portant création d'une noblesse qui peut s'acquérir par les armes, sans qu'il soit besoin de Lettres d'anoblissement. Cet Edit ne confere pas la noblesse à tous ceux qui font la profession des armes. Il distingue les Officiers d'avec les simples soldats. La nombreuse multitude de ces derniers ne permet pas en effet qu'on leur accorde un privilege, dont l'effet seroit de surcharger les sujets qui portent le poids des tailles & des impositions. C'est aussi par cette raison que l'Edit ne veut pas que tous les Officiers indistinctement acquierent la noblesse. L'Edit distingue les Officiers généraux d'avec ceux d'un grade inférieur. L'art. 2, porte que tous Officiers généraux, non nobles, qui étoient au Service au moment de la publication de l'Edit, seront & demeureront anoblis avec leur postérité née & à naître en légitime mariage.

Par

Par l'Art. 3, il est dit qu'à l'avenir, le grade d'Officier général conférera la noblesse de droit à ceux qui y parviendront, & qu'ils jouiront de tous les droits de la noblesse, à compter du jour & date de leurs Brevets. Les Officiers généraux sont, les Maréchaux de France, les Lieutenans généraux des Armées du Roi, & tous les autres Officiers, jusqu'aux Maréchaux de camp inclusivement.

Quant aux Officiers d'un grade inférieur à celui de Maréchal de camp, ils ne deviendront nobles de droit, que lorsque leur pere & leur ayeul auront chacun servi l'espace de trente ans, non interrompus, dont ils auront passé vingt ans avec la commission de Capitaine; ou dix-huit avec celle de Lieutenant-Colonel; ou seize avec celle de Colonel; ou quatorze avec le rang de Brigadier des Armées du Roi, & qu'ils auront été créés Chevaliers de l'Ordre de Saint Louis; & ils n'acquerront eux-mêmes la noblesse dans ces cas, qu'après avoir été eux-mêmes créés Chevaliers de Saint Louis, & qu'après avoir servi eux-mêmes pendant le temps & avec le rang ou commission requis, Art. 4 & 6.

Cet Article reçoit quelques exceptions, 1°. Les Officiers devenus Capitaines & Chevaliers de l'Ordre de Saint Louis, que leurs blessures mettent hors d'etat de continuer leur service, demeureront dispensés du temps qui restera encore à courir, Art. 8.

2°. Ceux qui mourront au Service, après être parvenus au grade de Capitaine, mais sans avoir rempli les autres conditions dont nous venons de parler, seront censés les avoir accomplies, Art. 9.

Il faut encore observer que ce qui est renfermé dans les Art. 6, 8 & 9, regarde tous les Officiers indistinctement, soit ceux qui sont dans le premier ou second degré, soit ceux qui remplissent le troisieme, & qui acquierent de plein droit la noblesse.

La même Loi fixe ensuite la maniere dont les Officiers pourront, dans les différens cas, justifier le temps de Service, & les autres circonstances dont nous avons parlé : elle veut qu'on prenne dans tous ces cas un certificat du Secrétaire d'Etat chargé du département de la guerre.

S'il ne s'agit que de justifier le temps de Service, le certificat doit porter que l'Officier a servi pendant le temps prescrit dans tel corps, ou dans tel grade.

Dans le cas où l'Officier est hors d'état de continuer son Service à cause de ses blessures, le certificat doit en outre contenir & spécifier la qualité des blessures de cet Officier, les occasions de guerre dans lesquelles il les a reçues, & la nécessité dans laquelle il se trouve de se retirer, Art. 8.

Si au contraire l'Officier est mort au Service, le certificat qui sera délivré à ses enfans, portera que leur pere, au jour de sa mort, servoit dans tel Corps & dans tel grade. Celui qui acquiert la noblesse doit aussi prendre un certificat dans la même forme, pour justifier de ses services personnels. Ce n'est même que du jour de la date de ce certificat, qu'il commence à jouir des droits de la noblesse. Si même l'Officier, qui remplit le troisieme degré, étoit mort au Service après être parvenu au grade de Capitaine, il sera censé avoir acquis la noblesse; & pour en assurer la

preuve, il doit être délivré à ses enfans légitimes un certificat dans la forme que nous avons dite, Art. 10 & 11.

Nous observerons que la Déclaration du 22 Janvier 1752, veut, qu'au lieu du certificat du Secrétaire d'Etat, que les Officiers devoient obtenir pour justifier le temps de leurs services, ou les autres cas dont nous avons parlé, il leur soit délivré des Lettres scellées du grand sceau, sous le titre de Lettres d'approbation de Services. Ces Lettres doivent exactement contenir la même attestation que devoit porter le certificat du Secrétaire d'Etat chargé du département de la guerre. Il ne faut pas omettre que ces Lettres ne sont sujettes à aucun enregistrement.

Pour conserver plus facilement la preuve du Service militaire, l'Edit de 1750, avoit permis aux Officiers de déposer pour minutes, chez tels Notaires Royaux qu'ils jugeroient à propos, les Lettres, Brevets & Commissions de leurs grades, ainsi que les certificats des Secrétaires d'Etat chargés du département de la guerre, & d'en retirer des expéditions; mais la Déclaration de 1752 a révoqué la faculté de faire ces dépôts; elle permet seulement aux Officiers de déposer pour minutes leurs Lettres d'approbation de Service, & les autres Lettres de leurs grades, aux Greffes des Cours de Parlemens, dont il doit être délivré des expéditions sans frais; ils peuvent aussi faire ces dépôts aux Chambres des Comptes, aux Cours des Aides, Art. 5.

Il faut encore observer que les Officiers non nobles, qui étoient au Service au jour de la publication de l'Edit, doivent jouir du bénéfice de cet Edit à mesure que le temps de leur service sera accompli, quand même ce temps auroit commencé à courir avant qu'il eût été publié, Art. 16; mais cet Article n'accorde aux Officiers d'autre avantage rétroactif, que le droit de remplir le premier degré. Les Cours Souveraines, & autres Jurisdictions, qui ont droit d'en connoître, ne doivent pas les admettre à la preuve des services de leurs peres ou ayeux, retirés du Service, ou décédés avant la publication de l'Edit.

Les concessions particulieres de la noblesse, sont celles qui sont faites à ceux que le Roi veut en gratifier par des Lettres qu'il leur accorde. Ces Lettres sont connues sous le nom de Lettres d'anoblissement; il n'y a que le Roi qui puisse les accorder. En effet, la concession de la noblesse est un acte de la Souveraineté, qui est essentiellement réservé à la Royauté. Les Rois en ont même été seuls en possession dans le temps où l'autorité royale étoit presque éclipsée. M. Pichon rapporte un Arrêt du Parlement de Paris de 1250, qui porte que le Comte de Flandre, nonobstant tout usage contraire, ne pouvoit ni ne devoit faire d'un roturier un Chevalier, c'est-à-dire, l'anoblir. Loisel propose aussi comme une des Loix fondamentales de l'Etat, que nul ne peut anoblir que le Roi.

Les Lettres d'anoblissement doivent être scellées du grand sceau, & enregistrées au Parlement, à la Chambre des Comptes & à la Cour des Aides; aussi voyons-nous que ces Lettres sont adressées à ces différentes Cours: le défaut d'enregistrement les rendroit nulles. On trouve dans le Dictionnaire des Arrêts, un Arrêt qui a jugé que la succession d'un homme

qui n'avoit pas fait enregistrer au Parlement ses Lettres de noblesse, seroit partagée comme la succession d'un roturier, quoique ces Lettres, suivant qu'il paroît, eussent été enregistrées en la Chambre des Comptes.

Bacquet rapporte le Formulaire de ces Lettres d'anoblissement; on y voit que celui qui les a obtenues doit payer une finance suivant la taxe de Messieurs de la Chambre des Comptes. Aujourd'hui le Roi remet presque toujours cette finance qui est pour l'indemniser de la diminution de ses droits. L'Impétrant de ces Lettres, outre la finance d'indemnité, en doit encore une autre qu'on nomme *Aumône*, parce qu'on l'emploie en œuvres pieuses. Elle est pareillement fixée par Messieurs de la Chambre des Comptes; mais la remise s'en fait beaucoup plus rarement. *Loiseau, des Ordres, ch.* 5, *N.* 55, 56.

Pour que la noblesse, qui est conférée par ces Lettres d'anoblissement, soit irrévocable, il faut que la grace soit fondée sur des services rendus à l'Etat, & dont la preuve se trouve sous le contre-scel des Lettres. Il n'importe de quelle nature soient les services; il suffit que le Roi les ait regardés comme suffisans pour mériter la noblesse. La mention des services dans les Lettres est si nécessaire, qu'on ne seroit pas admis à en alléguer dans le cas d'omission.

Les Lettres de noblesse, qui ne sont fondées sur aucun service, sont toujours révocables. Si elles avoient été acquises à prix d'argent, il faudroit que le Roi remboursât la finance qu'il auroit reçue pour les accorder. C'est dans ce cas une espece d'engagement du Domaine qu'il peut faire cesser par le remboursement.

Nous ne connoissons pas d'autres manieres d'acquérir la noblesse dans ce Royaume, que la réception en un Office auquel la noblesse est attachée, le Service militaire, & les Lettres d'anoblissement.

On a long-temps douté si les Fiefs de dignité anoblissoient ceux qui en avoient reçu l'investiture. Quelques Auteurs avoient embrassé l'affirmative indistinctement. Loisel, *reg.* 11, *tit.* 1, *L.* 1. Dumoulin en sa note sur l'art. 9 de l'ancienne Coutume de Paris, distingue si le roturier a été investi par le Roi, ou non, & il prétend que les Fiefs de dignité n'anoblissent que dans le premier cas. Loiseau, *ch.* 8 *des Seigneuries, N.* 21, admet cette distinction. Par l'Ordonnance de Blois de l'année 1579, *art.* 258, les Fiefs, de quelque dignité qu'ils soient, n'anoblissent plus leurs possesseurs; & quant à nous, nous croirions que si le Roi donnoit à un roturier l'investiture d'un Fief de dignité, celui-ci seroit censé anobli; il en seroit de même si le Roi érigeoit en faveur d'un roturier une Terre en titre de Baronnie, Marquisat, Comté, ou Duché; en effet, une pareille érection seroit une concession tacite de la noblesse, parce qu'on ne peut être Baron, Marquis, Comte, ou Duc, sans être noble; mais dans ce cas, ce n'est pas tant, comme le remarque Loiseau, le fief qui anoblit, que l'investiture que le Roi en donne.

De même que les Fiefs de dignité, qui, originairement, ne pouvoient être possédés que par des nobles, n'anoblissent pas leurs possesseurs, si ce n'est dans les deux cas que nous avons proposés; de même les offices

affectés aux nobles par leur Edit de création, ne conferent pas la noblesse à ceux qui en sont pourvus. *Loiseau, ch. 5, N. 49 des Ordres.*

Quelquefois, au lieu de Lettres de noblesse, nos Rois accordent des Lettres de Chevalerie qui produisent le même effet; elles ont même cet avantage sur celles de noblesse, qu'elles conferent la noblesse sans aveu de roture.

Au reste, il faut suivre, à l'égard de ces Lettres, tout ce que nous avons dit des Lettres de noblesse.

La noblesse, soit de race, soit de concession, est par sa nature transmissible, mais elle ne se transmet que par mâles & en légitime mariage. 1°. Elle ne se transmet que par mâles. C'est en effet une regle certaine en Droit, que les enfans suivent la famille du pere. Les filles nobles jouissent à la vérité de la noblesse de leur pere, mais elles sont incapables de la transmettre à leurs enfans. Les filles nobles perdoient même autrefois leur noblesse en épousant un roturier. *Loiseau, ch. 5, N°. 65*, mais aujourd'hui leur noblesse n'est qu'en suspens pendant leur mariage; elles rentrent, après la mort de leur mari, dans tous les droits que leur donnoit leur naissance. Il faut cependant qu'elles déclarent qu'elles veulent vivre noblement.

De même qu'une fille noble, qui a épousé un roturier, perd sa noblesse, ou du moins n'en peut tirer avantage durant son mariage, de même la femme roturiere, qui a épousé un noble, jouit de tous les avantages de la noblesse, non-seulement pendant son mariage, mais encore pendant son veuvage, & jusqu'à ce qu'elle passe à de secondes nôces. Cette regle souffre néanmoins exception à l'égard de la femme serve, qui n'est pas anoblie par son mariage avec un noble. *Loisel, regle 81, tit. 1, L. 1.*

Il y avoit quelques Coutumes où la noblesse se transmettoit, tant par mâles que par femmes, de sorte que pour être noble, il suffisoit d'être né d'un pere ou d'une mere noble. Telles sont les Coutumes de Troyes, Sens, Meaux, Chaumont & Vitry; mais il a été jugé par plusieurs Arrêts que cette noblesse n'étant établie que par la Coutume, elle ne pouvoit avoir que des effets coutumiers, sans qu'on pût s'en servir pour l'exemption des tailles, ou de tous autres droits semblables. *Arrêt de la Cour des Aides de 1566.* Il paroît même difficile à comprendre comment cette noblesse, ne produisant aucuns des effets ordinaires, peut encore être distinguée lorsqu'il s'agit du partage des successions, ou autres cas semblables où cette noblesse peut être de quelque utilité.

Charles VII, pour récompense des services de Jeanne d'Arc, connue sous le nom de Pucelle d'Orléans, l'avoit anoblie elle & ses deux freres, & leurs descendans, tant par mâles que par femmes; mais ce privilege a été restreint dans le dernier siecle sur les conclusions du Procureur Général, & la noblesse ne se transmet plus dans cette famille que par les mâles, suivant le droit commun. *Edit de 1614.*

Quoique la noblesse ne se transmette que par mâles, & qu'il ne puisse y avoir de noblesse du côté de la mere, il faut cependant avouer que la noblesse de celui qui est né de pere & de mere nobles, est plus pure;

aussi y a-t-il certains cas où l'on requiert la noblesse, tant du côté du pere que du côté de la mere.

2°. La noblesse ne se transmet qu'en légitime mariage. Il est vrai que selon nos anciens usages, le bâtard avoué retenoit le nom & les armes de son pere, mais Henri IV a aboli cet usage; il a défendu, par l'Art. 26 du Réglement de 1600, aux bâtards, encore qu'ils fussent issus de peres nobles, de s'attribuer le titre & la qualité de Gentilshommes, s'ils n'obtiennent des Lettres d'anoblissement fondées sur leur propre mérite, ou sur les services de leurs peres, & même le bâtard d'un Gentilhomme, qui obtiendroit du Prince des Lettres de légitimation, n'acquerroit pas pour cela la noblesse, à moins qu'il n'y eût fait insérer la clause d'anoblissement; cela est fondé sur ce que la légitimation par Lettres du Prince n'a d'autre effet que de purger le vice de la naissance, sans donner les droits de famille dont la noblesse est un des plus considérable.

Cette regle souffre cependant deux exceptions; la premiere est, que les bâtards de Rois sont Princes; la deuxieme, que les bâtards des Princes sont Gentilshommes; mais sous le nom de Prince, il ne faut entendre que les Princes du sang, ou les Princes légitimés. Nous n'en connoissons pas d'autres dans le Royaume; mais pour que les enfans des Rois soient Princes, & ceux des Princes, Gentilshommes, il faut qu'ils aient été reconnus.

Les bâtards ne peuvent pas même s'aider de la noblesse de leur mere; & on ne peut objecter que les enfans, qui ne sont pas nés en mariage légitime, suivent la condition de leur mere, cela ne peut avoir lieu que quand il s'agit de fixer l'état des enfans, & décider s'ils sont libres ou esclaves, citoyens ou étrangers : mais la noblesse ne peut jamais venir que du pere. Cette distinction que nous faisons est énergiquement exprimée dans cette regle du Droit François : *Le ventre affranchit, & la verge anoblit.*

Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la véritable noblesse, de la noblesse transmissible. Il ne sera pas étranger à la matiere que nous traitons, de remarquer qu'il y a encore parmi nous une autre noblesse qu'on nomme *personnelle*, parce qu'elle est comme inhérente à la personne. Ceux qui ont cette noblesse, ne peuvent pas se dire de l'Ordre de la noblesse, mais ils jouissent de tous ses privileges. Tels sont les Commensaux de la Maison du Roi; tels étoient les Bourgeois de quelques villes du Royaume, comme on peut le voir à l'égard des Bourgeois de Paris, dans l'Edit de Charles V, du 9 Août 1371.

Il faut encore distinguer les privilégiés, de ceux qui ont la noblesse personnelle. Ces derniers sont en possession de presque tous les privileges dont jouissent les véritables nobles; ils en ont même dont ceux-ci ne jouissent pas : mais les droits des privilégiés consistent uniquement dans l'exemption des tailles, & quelques autres droits semblables.

ARTICLE III.

Des Privileges de la Noblesse.

Après avoir vu quelles personnes sont nobles, il faut examiner quels sont les privileges attachés à la noblesse, & les droits dont elle est en possession; mais comme ils sont en très-grand nombre, nous ne parlerons que des principaux.

1°. Ils ont la préséance sur le Tiers-Etat, mais ce droit souffre restriction; car les Officiers de Justice précedent, dans leur ressort, les simples Gentilshommes de race, parce qu'ils sont dépositaires d'une partie de l'autorité royale, & ont une fonction que n'ont pas les simples Gentilshommes.

2°. Les nobles peuvent se qualifier d'Ecuyers, & porter les armoiries timbrées.

3°. Ils sont exempts de tailles & de plusieurs autres cotisations, connues sous le nom de *Taillons, de Crues d'Aides, & de Subsides*, auxquelles les roturiers sont sujets; ils ont même le droit de faire valoir quatre charrues, sans pouvoir y être imposés.

4°. Ils ne doivent pas le droit de franc-fief pour les fiefs qu'ils possedent; ce droit consiste dans une finance que les roturiers payent au Roi pour les relever de l'incapacité où ils sont de posséder des fiefs.

5°. Ils ne sont pas sujets aux corvées personnelles; ils sont aussi exempts de faire les corvées réelles en personne, aussi-bien que de la banalité de four, moulin, ou pressoir.

6°. Il y a plusieurs Offices qui leur sont affectés; il est vrai que cela n'est pas observé à la rigueur, & qu'on admet les roturiers à plusieurs Offices qui, par leur Edit de création, ne pouvoient être possédés que par des Nobles.

7°. Il y a plusieurs Eglises Cathédrales & plusieurs Abbayes, dans lesquelles les Canonicats & les Places monacales sont affectés à des Gentilshommes. Si ces Bénéfices étoient possédés par des roturiers, les Nobles qui auroient d'ailleurs toutes les qualités requises, pourroient les obtenir à titre de dévolut. Il y a même quelques-unes de ces Cathédrales, où il ne suffit pas d'être noble: dans quelques-unes on requiert un certain degré de noblesse; dans d'autres, on exige la noblesse, tant du coté paternel, que du côté maternel.

8°. Les Nobles de l'un & de l'autre côté, sont dispensés par le Concordat d'une partie du temps des études, requis dans les Gradués. Ce temps, qui est fixé à cinq ans pour les Bacheliers roturiers, en Droit Civil & Canonique, est réduit à trois ans pour les Nobles de l'un & de l'autre côté. *In quibus Baccalariis Juris Canonici aut Civilis, si ex utroque parente nobiles fuerint, triennium esse decernimus.* Paragraphe 4, Titre 6.

La maniere dont la nobleſſe doit être prouvée dans ce cas, conſiſte à rapporter un Certificat délivré par le Juge ordinaire de la naiſſance, fait ſur la dépoſition de quatre témoins en jugement.

9°. Les Baillis & Sénéchaux doivent connoître des cauſes des Nobles, à l'excluſion des Prévôts, aux termes de l'Edit de Crémieu. Il faut cependant remarquer que cet Edit n'a été rendu que pour fixer la compétence des Juges royaux, ſans préjudicier aux Juges des Seigneurs, qui doivent connoître des cauſes des Gentilshommes qui ſont leurs Juſticiables, ſi ce n'eſt qu'ils n'en euſſent pas été en poſſeſſion lors de la publication de cet Edit.

10°. Les Nobles peuvent en tout état de cauſe demander à être jugés en matiere criminelle, toute la Grand'Chambre du Parlement, où leur Procès eſt pendant, aſſemblée.

11°. Les peines des roturiers & des Gentilshommes ſont différentes dans certains cas. Dans les crimes qui méritent la mort, le roturier doit être pendu, & le Noble décapité. *Loiſel., Reg.* 18, *tit.* 2, *liv.* 4. Mais le même Auteur a obſervé que cette différence ceſſe, lorſque le Gentilhomme eſt coupable d'un crime dérogeant à la nobleſſe, comme trahiſon, larcin, parjure, ou faux.

Tels ſont les principaux privileges, dont jouiſſent les Nobles généralement dans tout le Royaume; mais pluſieurs Coutumes leur en donnent encore de particuliers. Quelques-unes admettent la garde-noble au profit des aſcendans; d'autres le bail au profit des collatéraux. Dans les autres, il y a un ordre particulier de ſucceſſion pour les Nobles. Nous aurons lieu d'examiner plus en détail ces différentes prérogatives : il ſuffit ici de les avoir rapportées.

Si les Nobles jouiſſent de tant de privileges, ils ſont auſſi tenus de quelques charges particulieres; comme de ſe rendre à la convocation du Ban, à moins qu'ils ne poſſedent un Office de Judicature : ils ſemblent auſſi deſtinés par leur état au Service militaire.

On demande ſi les Etrangers nobles doivent jouir en France des privileges de la nobleſſe, ſoit dans le cas où ils n'ont pas été naturaliſés, ſoit dans le cas où ils l'ont été ? On pourroit dire pour la négative que la nobleſſe étant une diſtinction que la Loi a établie entre les Citoyens d'un même état, les Etrangers ne doivent pas jouir des privileges qui y ſont attachés. Mais les raiſons de décider pour l'affirmative, ſont que, dans le cas où l'Etranger n'a pas été naturaliſé, il eſt cenſé demeurer dans le Royaume avec la qualité qu'il a dans ſon Pays. Suivant ce principe, *la qualité eſt inhérente aux Perſonnes;* & dans le cas où il a été naturaliſé, il eſt préſumé avoir été reçu en ſa qualité primitive. *Loiſeau*, *Ch.* 5, *N.* 114, *des Ordres.* Mais cet Auteur exige pour cela une condition qui ne nous paroît pas néceſſaire, qui eſt que l'Etranger ſoit noble *à la mode de France*, pour nous ſervir de ſes termes. Nous croyons qu'il ſuffit qu'un Etranger ſoit noble, ſuivant les Loix de ſon Pays : cela réſulte même des principes que nous avons établis plus haut.

ARTICLE IV.

Comment se perd la Noblesse.

La noblesse se perd de différentes manieres ; 1°. par la dégradation ; & d'abord il semble que le crime seul devroit la faire perdre. Aussi voyons-nous que la plupart des anciens Auteurs pensoient que toute condamnation infamante emportoit nécessairement la perte de la noblesse. On regarde cependant aujourd'hui comme une Jurisprudence universellement reçue, que la condamnation à quelque peine que ce soit, même au dernier supplice, n'emporte pas dérogeance ; & pour qu'elle ait lieu, il faut qu'elle soit prononcée expressément. Il y a certains crimes qui la méritent, comme le crime de trahison & de lese-Majesté. (*Loiseau, Ch.* 5, *N°.* 90.)

Mais on demande si celui qui a acquis la noblesse par sa réception en un Office auquel elle étoit attachée, la perd par sa destitution, dans le cas où il l'a possédée pendant vingt ans ? Loiseau soutient l'affirmative. On peut cependant dire pour l'opinion contraire, que la noblesse étant une fois acquise, on ne la peut perdre que par un Jugement exprès qui en prive. Or l'Officier, après avoir possédé l'Office anoblissant pendant vingt ans, devient noble de plein droit : la destitution seule ne peut donc pas suffire pour lui faire perdre sa noblesse.

Il y auroit plus de difficulté encore, si l'Officier, n'ayant pas exercé son Office pendant vingt ans, étoit condamné à mort. Il est vrai que ceux qui meurent revêtus de leur Office, acquierent la noblesse, quoiqu'ils ne l'aient pas possédée pendant vingt ans : mais étendra-t-on, en faveur d'un crime, un privilege qui n'est accordé qu'à la vertu ?

La noblesse se perd, 2°. par les actes qui y dérogent : telle est, 1°. la profession des Arts mécaniques. Il en est autrement des Arts libéraux ; & par un usage dont nous ignorons la cause, on a fait une exception en faveur de ceux qui travaillent à la verrerie. Quelques-uns même avoient avancé que la profession des Arts libéraux étoit affectée aux Nobles ; mais M. Lebret a réfuté ce sentiment dans son trente-huitieme Plaidoyer. 2°. Certains Offices, tels, suivant Loiseau que ceux de Procureur, de Greffier, de Sergent, &c. Le Dictionnaire des Arrêts excepte les Notaires au Châtelet de Paris : il faut aussi en excepter les Procureurs de la Chambre des Comptes. 3°. Le commerce. Il faut cependant excepter la Bretagne, où le commerce ne déroge pas à la noblesse ; c'est-à-dire que, dans cette Province, moyennant certaines formalités que les Nobles sont obligés d'observer, quand ils veulent commercer, ils peuvent le faire, sans perdre la noblesse, qui demeure seulement suspendue tant qu'ils commercent.

Autrefois tout commerce dérogeoit à la noblesse ; mais aujourd'hui le commerce maritime ne déroge plus, suivant l'Edit du mois d'Août 1668.

Il en faut dire de même du commerce de terre, que les Nobles peuvent faire en gros, suivant l'Edit de 1701.

4°. L'exploitation de la ferme d'autrui : mais il n'en est pas de même de l'exploitation de sa propre ferme. Tout Noble a même le droit de faire valoir par lui-même un certain nombre de charrues, sans être tenu des tailles.

Si nous en croyons Loiseau, la noblesse de race n'est pas tant éteinte par les actes de dérogeance, qu'elle est suspendue. Le Noble de race, pour rentrer dans sa noblesse, n'a qu'à s'abstenir d'y déroger. Cet Auteur va même jusqu'à avancer qu'on peut soutenir que le Gentilhomme de race & ses descendans n'ont pas besoin de Lettres de réhabilitation ; mais aujourd'hui on ne fait pas cette distinction entre les Nobles de race & les Nobles de concession. Les uns & les autres perdent également la noblesse par les actes dérogeans.

Mais que dire des enfans de ceux qui ont été dégradés de noblesse, ou qui l'ont perdue par quelqu'acte dérogeant? Perdent-ils la noblesse avec leur pere? Pour décider cette question, il faut suivre la distinction des Loix Romaines.

Si les enfans sont nés avant la dégradation ou la dérogeance de leur pere, ils ne perdent pas la noblesse ; car la noblesse leur ayant été acquise en naissant, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur pere. Il n'est pas juste que des enfans innocens participent à la peine de leur pere coupable. *Nemo alieno facto prægravari debet.* On doit dire la même chose des enfans qui n'auroient pas encore été nés, mais qui auroient été conçus avant que leur pere eût perdu la noblesse, suivant la décision de la Loi 7 *de Senat.* qui dérive du principe, *qui in utero est, &c.* Cela ne pourroit souffrir d'exception que dans le cas où le crime seroit si atroce, que, pour en inspirer de l'horreur, on auroit cru devoir étendre la peine jusques sur les enfans, en les privant eux-mêmes de la noblesse. A l'égard des enfans qui ne sont ni nés, ni conçus avant la dégradation ou dérogeance de leur pere, ils naissent roturiers.

Mais cela a-t-il lieu, lors même que la noblesse que leur pere a perdue, est d'ancienne extraction? On pourroit alléguer en faveur des enfans la Loi 7, §. 2, *de Senat.* qui dit : *Si quis patrem & avum habuerit Senatorem, & pater amiserit dignitatem ante conceptionem ejus, magis est ut avi potiùs dignitas ei prosit, quàm obsit casus patris.*

Il faut cependant dire que les enfans naissent roturiers ; car la noblesse de leurs ancêtres ne leur a pu être transmise que par leur pere, qui n'a pu lui-même la leur transmettre, l'ayant perdue. La Loi citée ne peut s'appliquer au cas d'une noblesse transmissive : il y est question uniquement de certains honneurs ou privileges accordés aux enfans des Sénateurs, jusqu'à un certain degré, & par conséquent elle ne peut recevoir ici d'application. D'ailleurs il y a une autre Loi qui décide expressément le contraire à l'égard des descendans, qu'elle appelle *eminentissimi* : elle ne leur accorde les honneurs dûs à cette origine, que sous cette condition, *si nulla liberos per quos privilegium ad ipsum transgreditur macula aspergat.*

ARTICLE V.

Comment se peut recouvrer la Noblesse.

Celui qui a perdu la noblesse, ou ses descendans ne peuvent la recouvrer que par un bienfait du Prince. En effet, puisqu'il n'y a que le Roi qui puisse donner la noblesse à ceux qui ne l'ont pas, il s'ensuit que lui seul peut la rendre à ceux qui l'ont perdue.

Cette grace du Prince est contenue dans les Lettres de réhabilitation. Ces Lettres s'obtiennent en grande Chancellerie : elles sont du nombre de celles que l'on nomme Lettres de Grace. Loiseau cependant les met au nombre des Lettres de Justice : elles ne s'accordent qu'en connoissance de cause. Enfin elles doivent être enregistrées dans les différentes Cours Souveraines, où nous avons vu que l'on devoit faire enregistrer les Lettres d'anoblissement.

Ces Lettres s'accordent avec plus ou moins de difficulté, suivant les différentes circonstances : on ne les refuse presque point, lorsqu'il ne s'agit que d'une simple dérogeance, & lorsque d'ailleurs la noblesse est bien établie.

Elles sont plus difficiles à obtenir, lorsque la privation de la noblesse est une suite de la condamnation qui a prononcé cette peine : mais, dans ce dernier cas, on reçoit toujours favorablement la priere de ceux qui demandent à être réhabilités, lorsque ce sont les enfans du coupable qui se présentent. Cela a surtout lieu, lorsque la noblesse est ancienne. M. Lebret, dans son trente-septieme Plaidoyer, prétend que les Lettres de réhabilitation ne sont pas suffisantes, lorsque la dérogation a continué jusqu'au septieme degré, & que, dans ce cas, il faut obtenir des Lettres de noblesse.

ARTICLE VI.

Des Usurpateurs de la Noblesse.

La noblesse est un droit si considérable, qu'il est défendu sous des peines très-graves d'en usurper les titres & les privileges. Ces usurpations, en effet, sont si contraires aux droits du Roi, qu'elles diminuent, & à l'autorité des Citoyens, dont elles augmentent les charges, que nos Rois ont cru devoir ordonner différentes recherches contre ces usurpateurs.

SECTION III.

Des Gens du Tiers-Etat.

Nous n'avons rien de particulier à remarquer ici sur cet Ordre de Personnes : nous les considérerons seulement dans la suite comme Regnicoles ou Aubains, légitimes ou bâtards, jouissans de la vie civile ou n'en jouissant pas, & par rapport à l'âge, au sexe, & aux différentes puissances qu'ils exercent, ou qu'on exerce sur eux.

SECTION IV.

Des Serfs.

Les Serfs qui sont restés dans quelques Provinces, & qu'on appelle gens de main-morte & mortaillables, sont entiérement différens des Serfs qui étoient chez les Romains. Ces esclaves, chez les Romains, n'étoient pas citoyens ; ils n'avoient aucun état civil, *pro nullis habebantur ;* ils étoient regardés comme des choses, plutôt que comme des personnes, *ut res, non ut personnæ erant in dominio Heri ;* c'est-à-dire, qu'ils appartenoient à leurs Maîtres de la même maniere qu'un cheval, ou tout autre meuble ; & par conséquent ils ne pouvoient rien avoir en propre, & tout ce qu'ils acquéroient, étoit dès l'instant acquis à leur Maître, à qui ils appartenoient eux-mêmes.

Nous avons dans nos Colonies de ces sortes d'esclaves, qui sont les Négres, dont il se fait un commerce considérable. Mais, dans le Royaume de France, on n'en souffre aucuns ; & si quelque habitant de nos Colonies amene en France avec lui quelqu'un de ces esclaves, il doit faire déclaration à l'Amirauté qu'il ne l'amene point pour rester en France, & qu'il entend le renvoyer dans un certain temps à la Colonie ; faute de quoi l'esclave acquerroit de plein droit la liberté par son séjour en France. (*)

Les Serfs, tels qu'il y en a dans quelques Provinces du Royaume, comme en Nivernois, en Bourgogne, sont bien différens de ces esclaves. Ces Serfs ont un état civil, sont citoyens ; ils ne sont pas *in dominio* du Seigneur auquel ils appartiennent, & ne sont appellés Serfs qu'à cause de certains devoirs très-onéreux, dont ils sont tenus envers lui.

Il y en a de trois especes : les Serfs de corps ou de poursuite, les Serfs d'héritages & les Serfs de meubles. Les Serfs de corps ou de poursuite, tels que ceux du Nivernois, sont ceux qui sont tellement Serfs par leur naissance, qu'ils ne peuvent, en quelqu'endroit qu'ils aillent s'éta-

(*) Voir la Déclaration du Roi, du 9 Août 1777, registrée le 27, qui défend le transport des Noirs & Mulâtres, en France.

blir, se soustraire aux droits dont ils sont tenus, tels que la taille que leur Seigneur a droit d'exiger, le droit qu'a leur Seigneur de recueillir après leur décès tous les biens qu'ils délaisseront.

Les Serfs d'héritages sont ceux qui ne le sont qu'à raison de quelque héritage qu'ils possedent dans le territoire de leur Seigneur, & qui, en conséquence, peuvent s'affranchir de toute servitude, en abandonnant l'héritage.

Les Serfs de meubles tiennent le milieu entre les deux especes précédentes: ils peuvent s'affranchir de leur servitude, en quoi leur condition est meilleure que celle des Serfs de corps ou de poursuite: mais ils ne le peuvent, qu'en abandonnant non seulement tous les héritages qu'ils ont dans la Seigneurie, mais même tous leurs meubles; en quoi elle est plus dure que celle des Serfs d'héritages.

Cette servitude consiste dans l'obligation où ils sont de payer à leur Seigneur une certaine taille par an, à certains termes; de faire un certain nombre de corvées; de ne pouvoir se marier à personne d'une autre condition, sans une certaine peine, qu'on appelle la peine du formariage; & enfin de laisser à leur décès tous leurs biens à leurs Seigneurs, s'ils décedent sans hoirs qui soient en communauté avec eux, & de ne pouvoir en disposer par testament au préjudice de leur Seigneur.

Les Coutumes qui parlent de ces Serfs sont celles de Nivernois, de Vitry, de Châlons, de Bourgogne & d'Auvergne. Il n'y en a plus dans les Coutumes de Paris & d'Orléans; mais il y a encore dans les Archives des Chapitres de Sainte Croix & de Saint Aignan d'Orléans, des actes d'affranchissement des Serfs des terres qu'ils possedent en Beauce.



TITRE II.

Seconde Division des Personnes, en Regnicoles & Aubains.

SECTION PREMIERE.

Quelles Personnes sont Citoyens, ou Regnicoles? Quelles Personnes sont Etrangers, ou Aubains.

LES Citoyens, les vrais & naturels François, suivant la définition de Bacquet, sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination françoise, & ceux qui sont nés dans nos Colonies, ou même dans des Pays étrangers, comme en Turquie & en Afrique, où nous avons des établissemens pour la commodité de notre commerce.

Des enfans nés dans un Pays étranger, d'un pere François, qui n'a pas établi son domicile dans ce Pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi François : à plus forte raison, celui qui seroit né en pleine mer de parens François, doit-il être François.

Quid de ceux qui sont nés dans des Provinces qui ont été réunies à la Couronne, ou qui en ont été démembrées; ou qui, ayant été conquises, ont été rendues par un Traité de Paix? Il est certain que, lorsqu'une Province est réunie à la Couronne, ses Habitans doivent être regardés comme François naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les Etrangers, qui seroient établis dans ces Provinces, & y auroient obtenu, suivant les Loix qui y sont établies, les droits de Citoyen, devroient après la réunion être considérés comme Citoyens, ainsi que les Habitans originaires de ces Provinces, ou du moins comme des Etrangers naturalisés en France.

Lorsqu'au contraire une Province est démembrée de la Couronne; lorsqu'un Pays conquis est rendu par le Traité de Paix, les Habitans changent de domination. De Citoyens qu'ils étoient devenus au moment de la conquête, ou depuis la conquête, s'ils sont nés avant la réunion, de Citoyens qu'ils étoient par leur naissance, jusqu'au temps du démembrement de la Province, ils deviennent Etrangers.

Ils peuvent cependant conserver la qualité & les droits de Citoyens, en venant s'établir dans une autre Province de la domination françoise; car, comme ils ne perdroient la qualité de Citoyens, qui leur étoit acquise en continuant de demeurer dans la Province démembrée, ou rendue par les Traités de Paix, que parce qu'ils seroient passés sous une domination étrangere, & qu'ils reconnoîtroient un autre Souverain, il s'ensuit que

s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnoissent le même Souverain, ils continuent d'être Citoyens, & demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité.

On demande si l'on ne devroit pas considérer comme Citoyens ceux qui sont nés dans un Pays, sur lequel nos Rois ont des droits & des prétentions, lorsqu'ils viennent s'établir dans le Royaume? Quelques anciens Auteurs l'avoient ainsi pensé : mais il est constant aujourd'hui qu'on les regarde comme Etrangers.

Il y a cependant cette seule différence entr'eux & les autres Aubains, que les Aubains ont besoin de Lettres de naturalité, pour acquérir les droits de Citoyens, & qu'il suffit à ceux-là d'obtenir des Lettres de déclaration.

Au reste, pour que ceux qui sont nés dans les Pays de la domination françoise, soient réputés François, on ne considere pas s'ils sont nés de parens François, ou de parens Etrangers; si les Etrangers étoient domiciliés dans le Royaume, ou s'ils n'y étoient que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans ce Royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des pere & mere, & de leur demeure.

Il n'en étoit pas de même chez les Romains; car on ne regardoit comme Citoyens, que ceux qui étoient nés de Citoyens : mais ils regardoient comme Citoyens, ainsi que dans notre Droit François, tous ceux qui étoient nés de Citoyens, quoiqu'ils ne fussent pas nés à Rome, ni même dans l'étendue de l'Empire Romain : c'est ce que remarque Cujas, Observ. 33. *Rectè Romanum interpretamur Româ oriundum quâ appellatione, & in Jure nostro semper notatur origo paterna, non origo propria & natale solum.*]

Pour qu'un enfant né en Pays étranger soit François, faut-il que le pere & la mere soient François, ou suffit-il que l'un des deux le soit indistinctement; ou, enfin, l'un des deux doit-il être François plutôt que l'autre? On peut répondre à ces questions, qu'il n'est pas nécessaire que le pere & la mere soient François ou Citoyens : mais pour sçavoir lequel des deux, ou du pere ou de la mere, doit être François ou Citoyen, pour que l'enfant le soit, il faut distinguer si l'enfant est né en légitime mariage, ou non : s'il est né en légitime mariage, il faut que le pere soit François, pour que le fils le soit aussi : Un enfant né en Pays étranger d'une Françoise & d'un Etranger, seroit réputé Etranger. C'est dans cette espece qu'il faut entendre toutes les Loix qui disent que l'enfant suit l'origine du pere : toutes parlent de l'enfant né en légitime mariage. Telle est la Loi 3, au Code *de municip. & orig. Filios apud originem patris, non in maternâ Civitate, etsi ibi nati sint (si modò domiciliis non retineantur) ad honores, seu munera posse compelli.* C'est ce que nous apprend aussi Ulpien : *Qui ex duobus campanis parentibus natus est, campanus est; sed si ex patre campano, matre puteolanâ, aquè campanus est.*

Si, au contraire, l'enfant n'est pas né en légitime mariage, il faut que la mere soit Françoise. Cette distinction est une suite de la regle générale;

qui veut que l'enfant qui est né en légitime mariage, suive la condition du pere : *Cùm legitimæ nuptiæ sunt, patrem liberi sequuntur*, & que celui qui n'est pas né en légitime mariage, suive la condition de la mere : *Vulgò quæsitus matrem sequitur*. L. 19, ff. *de statu hom.* Et on ne peut nous opposer le paragraphe 5 du titre 8 des Fragmens d'Ulpien, où il est dit que l'enfant né d'un Latin & d'une Romaine, étoit Latin; car cela avoit été établi par une Loi particuliere *(la Loi Mencia)* contre la regle générale. Adrien, par un Senatusconsulte, abrogea même par la suite la Loi Mencia : mais, d'ailleurs, nous n'avons aucune Loi semblable parmi nous. Il faut donc recourir à la regle générale, qui veut que l'enfant qui n'est pas né en légitime mariage, suive la condition de sa mere, & en conclure que l'enfant né d'une Françoise, est François.

Après avoir vu quelles sont les personnes que nous devons regarder comme François & comme Citoyens, il faut voir quelles sont celles que nous devons appeller Etrangers.

On appelle Etrangers ceux qui sont nés de parens étrangers, & hors des Pays de la domination françoise, soit qu'ils fassent résidence continuelle dans le Royaume, soit qu'ils y demeurent pour un certain temps seulement, soit qu'ils n'y soient que simples voyageurs.

Nous réunissons ici deux conditions. La premiere, que l'Aubain soit né en Pays étranger; la seconde, qu'il soit né de parens étrangers, parce que, comme nous l'avons prouvé, la seule naissance hors du Royaume ne suffit pas pour rendre Etranger.

Nous devons regarder comme Pays étrangers tous ceux où le Roi de France n'est pas reconnu. Ainsi on doit regarder comme des Aubains tous ceux qui sont nés dans des Pays, sur lesquels nos Rois ont à la vérité des droits constans & légitimes, mais où néanmoins leur autorité est méconnue. Tels sont le Royaume de Naples, la République de Genes, le Duché de Milan & le Comté de Flandres, dont nos Rois ont été en possession quelque temps, mais qui obéissent aujourd'hui à d'autres Princes. Ceux qui sont nés dans ces Etats sont réputés Aubains, jusqu'à ce qu'ils aient obtenu des Lettres de déclaration. Il en faut dire autrement de ceux qui sont nés dans une Province qui appartient à un Prince étranger, lorsque ce Prince, pour raison de cette même Province, reconnoît le Roi pour son Seigneur Suzerain.

Section II.

En quoi l'état des Aubains differe-t-il de celui des Citoyens ?

Avant d'entrer dans l'examen des droits propres aux Citoyens, dont ne jouissent pas les Etrangers, on verra avec plaisir quelle étoit l'ancienne condition des Aubains dans le Royaume.

Il paroît qu'on distinguoit alors deux sortes d'Etrangers; les uns qu'on nommoit Aubains : c'étoit ceux qui étoient nés dans les Etats voisins, &

dont ont pouvoit connoître l'origine; les autres, qu'on appelloit Epaves: C'étoit ceux qui étoient nés dans les Etats éloignés de la France, & dont on ignoroit la véritable patrie.

Les uns & les autres Aubains ou Epaves étoient en quelque sorte regardés comme Serfs; ou du moins leur condition ne différoit pas de celle des Serfs: Ils étoient contraints de payer une redevance annuelle, plus ou moins forte, suivant la Coutume des lieux. Ils ne pouvoient se marier à d'autres qu'à des Aubains, sans le consentement du Seigneur: s'ils le faisoient sans son consentement, ils étoient sujets à l'amende. Lors même qu'ils l'avoient obtenu, ils ne devoient pas moins le formariage, qui étoit la moitié ou le tiers des biens. Ils ne pouvoient tester que jusqu'à cinq sols: ils ne pouvoient avoir d'autres héritiers légitimes que leurs enfans nés dans le Royaume. S'ils n'en avoient pas, le Seigneur leur succédoit. *Extr. d. Reg. de la Ch. des Comptes.*

Si aujourd'hui la condition des Aubains est moins dure, elle n'est cependant pas semblable à celle des Citoyens: ils sont privés de plusieurs droits, dont ceux-ci jouissent. Nous allons parcourir ces différences.

1°. Les Etrangers ne peuvent ni posséder un Bénéfice, ni tenir un Office, ni faire aucune fonction publique dans ce Royaume. L'Ordonnance de 1431, rend les Etrangers, de quelque qualité qu'ils soient, incapables de tenir Archevêchés, Evêchés, Abbayes, Dignités, Prieurés & autres Bénéfices, de quelque nature qu'ils soient, en France: ils sont cependant relevés de cette incapacité, s'ils obtiennent des Lettres de naturalité: il n'est pas même nécessaire qu'ils se fassent naturaliser; il suffit qu'ils obtiennent des Lettres de capacité.

Il y a cependant des Bénéfices d'un ordre supérieur, que ceux même d'entre les Etrangers qui ont été naturalisés, sont encore incapables de posséder. L'Ordonnance de Blois, *art.* 4, dit que nul Etranger, quelques Lettres de naturalité qu'il ait obtenues, ne peut être pourvu d'Archevêchés, d'Abbayes de Chef-d'Ordre, d'Evêchés, nonobstant toute clause dérogatoire qu'il peut obtenir, à laquelle le Roi ne veut pas qu'on ait aucun égard. On a regardé ces Places comme si importantes dans l'Ordre de la Religion, & dans celui du Gouvernement, qu'on a cru ne devoir les confier qu'à des François originaires. Il paroît cependant aujourd'hui que la disposition de l'Ordonnance n'est pas suivie dans toute son étendue. A la vérité les Lettres de naturalité, dans la forme ordinaire, ne suffisent pas pour habiliter un Etranger à posséder ces Dignités éminentes; mais le Roi y insere souvent une clause particuliere, pour les relever de cette incapacité; & nous avons des exemples d'Etrangers qui en ont été pourvus.

Les Evêques ne peuvent aussi nommer pour leurs grands Vicaires des Etrangers. Il faut qu'ils soient François, soit par origine, soit par naturalisation. Des Lettres de capacité ne suffiroient pas pour les habiliter à remplir ces fonctions. Nos Ordonnances ne parlent pas des simples Vicaires; c'est pourquoi on demande si des Evêques pourroient donner des Lettres de Vicariat à des Etrangers? Il y a lieu de penser qu'ils ne

le

le pourroient pas, parce qu'entre les fonctions de simples Vicaires, il y en a plusieurs qu'on doit regarder comme des fonctions publiques & civiles, dont on sçait que tous les Etrangers sont incapables dans ce Royaume. Les Etrangers ne peuvent aussi exercer aucun Office sans Lettres de capacité. Cela a lieu pour toutes sortes d'Offices de Justice, de Finance & de Guerre : cela doit même s'observer pour les Offices des Seigneurs.

Les Evêques ne peuvent aussi nommer pour leurs Officiaux des Etrangers : il en faut dire de même des autres Officiers des Cours ecclésiastiques.

Enfin les Etrangers ne peuvent exercer aucune fonction publique, de quelque nature qu'elle soit. Ils ne doivent pas être reçus au serment d'Avocat : ils ne pourroient pas être Principaux ni Régens dans les Universités. Il faut même observer qu'on ne confere des degrés à des Etrangers, qu'à la charge de n'en pas faire usage dans le Royaume. Par l'*art.* 17 *de l'Ordonnance de Blois*, il n'est pas permis aux Prélats de donner à ferme le temporel de leurs Bénéfices à des Etrangers qui ne seront pas naturalisés, habitués & mariés en ce Royaume. Cette Loi leur défend de le faire, sous peine de saisie de leur temporel, qui doit être distribué aux pauvres du lieu. Bacquet, *Tr. du Dr. d'Aub.* 15, *N.* 8, dit que cela doit aussi avoir lieu pour les Fermes du Domaine du Roi, des Aides, des Gabelles & autres Fermes publiques.

Les Aubains ne peuvent faire la Banque dans le Royaume, sans une caution suffisante de 150000 liv. reçue devant le Juge des lieux, & renouvellée tous les cinq ans. *Edit de* 1563, *art.* 78. *Ordonnance de Blois*, *art.* 357.

2°. L'Etranger doit donner la caution *judicatum solvi ;* c'est-à-dire, d'acquitter les condamnations qui pourront intervenir contre lui, quoiqu'on n'exige pas une semblable caution des Citoyens. L'Etranger n'est cependant tenu de donner cette caution, que lorsqu'il ne possede pas d'immeubles situés dans le Royaume, parce qu'on n'exige cette caution, que pour servir de sûreté à celui qu'il appelle en Jugement, qui ne pourroit poursuivre cet Etranger qui se retireroit hors le Royaume, s'il venoit à être condamné. Au reste, cette caution n'est due par l'Etranger, que lorsqu'il est demandeur, & non lorsqu'il est défendeur ; parce que, s'il comparoît en Jugement, ce n'est que parce qu'il y est forcé. *Arrêt du* 13 *Février* 1581.

La caution *judicatum solvi*, contracte l'obligation de payer non-seulement l'objet de la condamnation principale, mais encore tous les accessoires ; c'est-à-dire, les dépens faits, tant en premiere instance, qu'en cause d'appel ; avec les dommages & intérêts, en cas qu'il y eût lieu d'en adjuger. Mais on demande si la caution peut être poursuivie pour le paiement de l'amende, en laquelle l'Etranger, Appellant de la Sentence rendue contre lui par le premier Juge, & confirmée par le Juge d'appel, a été condamné pour son fol appel ? Bacquet tient la négative ; & son opinion est établie sur les principes, & suivie dans l'usage. La caution ne s'oblige qu'avec le défendeur ; elle ne contracte qu'avec lui : elle ne peut donc être tenue que des condamnations qui intervien-

nent à son profit : mais l'amende prononcée contre l'Appellant, n'est pas à son profit ; elle appartient au Fisc : la caution n'en peut donc pas être tenue.

Cette caution est due *in limine litis*. Le défendeur ne peut être contraint de fournir ses défenses qu'après qu'elle a été présentée & reçue en la forme ordinaire, il peut la demander par forme d'exception ; on prétend que s'il avoit défendu au fond, sans exiger cette caution, il ne seroit plus recevable à l'exiger dans le cours de l'instance, à moins qu'il ne fût en état de prouver qu'il ne connoissoit pas la qualité d'étranger dans la personne du défendeur.

Cette caution peut être exigée de l'étranger, tant en cause principale que d'appel. *Bacquet*, *N.* 5. Mais si, en premiere instance, il étoit défendeur, & que, par appel, il se fût constitué appellant ou demandeur, on ne la pourra exiger de lui.

Lorsque deux Etrangers plaident ensemble, si le défendeur l'exige du demandeur, il ne peut l'y faire condamner qu'il ne l'offre respectivement de son côté.

3°. Il y a cette différence entre le regnicole & l'étranger, que l'un est admis au bénéfice de cession, & que l'autre ne l'est pas.

Suivant l'Ordonnance de 1673, le bénéfice de cession est la faculté que la Loi accorde au débiteur, qui est poursuivi par ses créanciers, d'anéantir & de faire cesser leurs poursuites, en faisant une cession de tous ses biens à leur profit.

4°. L'Ordonnance de 1667, qui abroge la contrainte par corps en matiere civile, en faveur des citoyens, la laisse subsister à l'égard des étrangers, & avec raison ; puisque cette contrainte rigoureuse est presque la seule voie que les créanciers puissent avoir contre les débiteurs étrangers pour les forcer au paiement, si l'on considere qu'ils n'ont pas pour l'ordinaire de biens immeubles situés dans le Royaume, & qu'ils peuvent facilement en retirer tout ce qu'ils ont en meubles, ou en effets mobiliers.

5°. Il y a certains actes solemnels où l'on ne peut prendre pour témoins que des regnicoles, & dans lesquels les étrangers ne peuvent en servir ; c'est ainsi que l'Ordonnance des Testamens, entre les qualités qu'elle exige des témoins qui doivent assister à ces sortes d'actes, fait mention de celle de regnicoles. Il faut cependant en excepter les Testamens militaires faits en pays étranger, où les étrangers peuvent être admis pour témoins, pourvu qu'ils jouissent d'une réputation sans atteinte.

6°. Quoique les étrangers puissent faire toutes sortes de contrats entre-vifs ; quoiqu'ils puissent, par cette voie, disposer des biens qu'ils ont en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ils ne peuvent cependant disposer des biens qu'ils ont en France, soit par testament, soit par tout autre acte, à cause de mort, en faveur d'étrangers ou de regnicoles ; les étrangers ne peuvent aussi rien recevoir, soit par testament, soit par quelque autre acte, à cause de mort, quoiqu'ils soient capables de donations entre-vifs. Cette différence que la Loi établit entre les actes entre-vifs, & les actes à cause de mort, en permettant les uns aux étrangers, & en

leur interdisant les autres, est fondée sur la nature même de ces actes.

Les actes entre-vifs sont du Droit des gens; les étrangers jouissent de tout ce qui est du Droit des gens. Ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs. La faculté de tester active & passive, est au contraire du Droit civil, *Testamenti factio est Juris civilis*. Les étrangers ne jouissent pas de ce qui est du Droit civil, ils ne doivent donc pas avoir cette faculté, ou ce droit.

Observez que quelques personnes prétendent que les aubains ne sont capables que des actes qui sont du Droit des gens, & qu'ainsi ils ne sont pas capables des actes entre-vifs qui sont du Droit civil.

L'incapacité où sont les étrangers de disposer, par un acte à cause de mort, de leurs biens, ou de recevoir par testament, a lieu, soit que l'étranger soit domicilié dans le Royaume, soit qu'il n'y soit que passager; mais il faut observer que l'incapacité où est l'étranger de tester, ne peut avoir lieu que pour ses biens situés dans le Royaume. Ainsi, il faut plutôt dire que l'étranger ne peut pas tester des biens qu'il a en France, que d'assurer indéfiniment qu'il ne peut pas faire de testament, quoiqu'il soit établi en France; il peut avoir le droit de tester par la Loi de son pays, & l'exercer pour les biens qui y sont situés.

Conformément à ces principes, on demande si un étranger domicilié hors du Royaume, qui a une créance à exercer contre un François, pourroit léguer cette créance: il y a lieu de penser qu'il le pourroit, parce que cette créance, soit qu'elle soit mobilière ou immobilière, n'est pas censée avoir de situation; qu'on doit la regarder comme inhérente à la personne du créancier, & que l'on ne peut lui supposer d'autre situation que le domicile du créancier qui demeure hors du Royaume.

Bacquet, en son Traité du Droit d'aubaine, propose quelques autres questions relatives à cet objet. La premiere consiste à sçavoir si deux conjoints peuvent faire un don mutuel dans les Coutumes qui le permettent, lorsqu'ils sont tous deux étrangers, ou même lorsqu'il n'y en a qu'un d'eux qui le soit.

Bacquet embrasse l'affirmative, parce que, dit-il, le don mutuel est un acte entre-vifs; les étrangers peuvent faire toutes sortes d'actes entre-vifs, ils peuvent donc faire un don mutuel; il rapporte un Arrêt du 26 Novembre 1551, qui l'a ainsi jugé; mais ne pourroit-on pas dire au contraire que le don mutuel est un acte à cause de mort, qui n'est pas permis entre étrangers? Cette question souffre beaucoup de difficulté. Le don mutuel differe à quelques égards des donations à cause de mort, en ce que le don mutuel doit être fait par personnes en santé, qu'il est sujet à insinuation, & qu'il ne peut être révoqué que par un consentement mutuel; mais on peut opposer de l'autre côté qu'il se fait dans la vue de la mort, & ne peut avoir d'exécution qu'après le prédécès de l'un des deux conjoints, deux caracteres essentiels aux donations à cause de mort.

Ceux qui pensent que les aubains ne jouissent que du Droit des gens, leur refusent aussi le droit de faire un don mutuel, uniquement parce

qu'il est du Droit civil, sans entrer dans la question de sçavoir si c'est un acte entre-vifs, ou si c'est un acte à cause de mort.

La seconde question de Bacquet, consiste à sçavoir si un étranger pourroit faire, par un contrat de mariage, une institution d'héritier, ou une donation de tous biens présens & à venir. Il soutient l'affirmative, & établit son sentiment sur la faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage ; mais nonobstant cela, nous regarderions l'institution d'héritier & la donation entre-vifs, dans la partie qui contient la donation des biens à venir, comme nulles, puisque l'un & l'autre de ces actes sont des actes à cause de mort, qui sont interdits aux étrangers par les Loix du Royaume. Ceux qui refusent aux aubains la capacité nécessaire pour les actes entre-vifs, doivent nécessairement regarder cette institution d'héritier, & cette donation des biens présens & à venir, aussi comme nulles.

On nous propose enfin une troisieme question, beaucoup plus difficile que les deux premieres. C'est de sçavoir si une femme étrangere peut prétendre un douaire coutumier ou préfix sur les biens de son mari, qui sont situés dans le Royaume. A l'égard du douaire coutumier, nous ne croyons pas qu'on puisse le lui refuser. Ce douaire a été établi par la Coutume, pour pourvoir à la subsistance de la femme après le décès de son mari. Ce sont en quelque sorte des alimens que la Loi lui assure. La femme étrangere ne les mérite pas moins que celle qui est Françoise. Quant à ce qui concerne le douaire préfix, il faut consulter les circonstances. S'il n'excede pas le douaire coutumier ; ou s'il est moindre, on ne peut encore le contester à la femme étrangere ; mais s'il étoit beaucoup plus considérable que le douaire coutumier ; comme s'il tendoit à faire passer à la femme la propriété des biens dont la Loi ne lui accordoit que l'usufruit, on pourroit le regarder alors comme une donation à cause de mort déguisée, dont la femme étrangere ne seroit pas capable ; mais si on ne lui permettoit pas de profiter de la libéralité entiere de son mari, peut-être seroit-il de l'équité de substituer au douaire préfix le douaire coutumier.

On oppose à ce sentiment, dans le systême de ceux qui n'accordent aux aubains que le Droit des gens, qu'une femme aubaine ne peut prétendre que le douaire préfix, & non le douaire coutumier, parce que le douaire préfix est une loi de son contrat de mariage, qui doit être exécutée, & sans laquelle elle ne se seroit pas mariée ; le douaire coutumier au contraire est une faveur de la Loi civile, qui n'a eu en vue que les citoyens, & non pas les étrangers.

7°. Les étrangers ne peuvent transmettre leurs successions à leurs parens étrangers ou regnicoles, ni recueillir les leurs. Cette regle souffre cependant quelques exceptions. 1°. Les aubains transmettent leurs successions à leurs enfans légitimes nés dans le Royaume, & qui y font leur demeure. Ces enfans nés dans le Royaume communiquent même ce bénéfice à leurs freres & sœurs nés hors du Royaume, lorsqu'ils y ont leur domicile.

2°. Les aubains transmettent leurs successions à ceux de leurs enfans demeurans dans ce Royaume, qui ont obtenu des Lettres de naturalité, lorsqu'ils ont fait insérer dans leurs Lettres qu'ils pourront succéder à leurs pere & mere étrangers.

On pourroit demander si, dans ce cas, les enfans naturalisés communiqueroient le droit qu'ils ont de succéder à leurs freres & sœurs non naturalisés, qui ne sont pas nés François.

Il semble qu'il y ait la même raison de le décider, que dans l'espece précédente; tous les enfans ont un droit égal aux successions de leurs pere & mere. La loi de la nature les appelle tous à les recueillir. Le Roi peut bien opposer aux enfans la Loi du Royaume, qui les exclut de la succession de leurs pere & mere, mais les enfans ne peuvent se l'opposer entr'eux. Cependant, pour que ces enfans, qui ne sont pas nés François, qui ne sont pas naturalisés, puissent succéder concurremment avec leurs freres & sœurs, il faut qu'ils demeurent dans le Royaume.

3°. Les aubains, qui sont propriétaires de rentes créées par le Roi, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine, peuvent transmettre à leurs parens la succession desdites rentes seulement.

4°. Les Marchands étrangers, fréquentans les Foires de Lyon, & qui décedent, ou en venant auxdites Foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font, transmettent leurs successions mobilières à leurs parens.

5°. Les Ambassadeurs, Envoyés, Résidens, & autres Ministres étrangers, & les gens de leur suite, peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement.

Si on excepte ces cas particuliers, les aubains ne peuvent pas avoir d'héritiers. Leurs propres enfans, soit qu'ils soient établis dans le Royaume, ou non, ne peuvent même leur succéder. Les biens que les étrangers ont en France, appartiennent au Roi à titre d'aubaine. Nous ne traiterons pas ici de ce droit.

6°. On demande si les étrangers peuvent se servir de la prescription; de celle de trente ans; de celle de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens; de celle de cinq ans pour les rentes constituées, & autres que la Loi a établies?

On répond qu'ils peuvent s'en servir, parce que la prescription a été introduite pour empêcher que le domaine des choses fût incertain, *ne in incerto dominia rerum maneant;* & que cet objet ne seroit pas rempli, si la prescription n'avoit pas lieu en faveur des étrangers, comme en faveur des citoyens.

D'ailleurs, on peut dire que la prescription, pour acquérir ou pour libérer, est établie sur la présomption d'un titre, ou d'un paiement; or, cette présomption s'éleve également en faveur de l'étranger que du citoyen. Enfin, il y auroit une extrême injustice à permettre contre les étrangers la prescription, tandis qu'ils ne pourroient pas eux-mêmes s'en servir.

On oppose à cette décision, que les aubains ne peuvent se servir de la prescription nommée *usucapion*, parce que le droit d'acquérir par cette prescription, est un bénéfice de la Loi civile; aussi, par les Loix Romaines, le droit d'usucapion étoit propre aux seuls citoyens Romains, les étrangers n'en pouvoient jouir.

Il faut dire la même chose de la prescription de cinq ans, pour les rentes constituées; c'est une faveur qu'elle a accordée aux débiteurs, elle n'a eu en vue que les citoyens; quant à la prescription de trente ans, il paroît qu'on peut l'accorder à l'aubain; car cette prescription est fondée sur la présomption que celui qui a possédé la chose pendant un temps si considérable, en est effectivement propriétaire, & que s'il n'apporte pas le titre d'acquisition, que lui & ses auteurs en ont pu faire de l'ancien propriétaire, c'est que pendant un laps de temps aussi considérable, il a pu survenir plusieurs accidens qui aient donné lieu à l'égarement de ce titre. Or, cette présomption n'étant fondée que sur le laps de temps, & étant indépendante de la qualité de la personne du possesseur, elle milite à l'égard du possesseur aubain, comme de tout autre; d'où il suit que l'aubain peut, comme un autre, user de la prescription qui en résulte, cette prescription n'étant pas une grace de la Loi civile accordée aux citoyens.

Par la même raison, un aubain peut opposer la prescription de trente ans à ses créanciers, contre ses obligations personnelles, & toutes les autres prescriptions qui sont fondées sur une présomption de l'acquittement de l'obligation.

7°. On demande si l'étranger peut exercer le retrait lignager? Il ne le peut. Les Arrêts l'ont ainsi jugé, parce que, pour exercer le retrait lignager, il faut être parent du vendeur du côté & ligne dont l'héritage lui étoit propre, & que l'étranger ne peut avoir aucune parenté civile.

Il en faut dire autrement du retrait féodal; l'aubain, Seigneur de Fief, peut l'exercer, ainsi que tous les autres droits féodaux; la raison en est que ces droits sont réels plutôt que personnels, & que les Coutumes les accordant à raison de la chose, ils sont indépendans de la qualité des personnes, & il suffit à l'aubain d'être propriétaire du Fief auquel ces droits sont attachés, pour qu'il puisse en jouir & les exercer.

8°. Lorsque nous avons une guerre avec une Puissance étrangere, tous les étrangers qui sont soumis à cette Puissance, sont obligés de sortir du Royaume dans le temps qu'on a fixé; ils doivent aussi mettre hors de leurs mains tous les biens qu'ils possedent en France. S'ils ne font pas l'un & l'autre dans le temps qui leur est indiqué, le Roi s'empare de leurs biens; ils peuvent aussi eux-mêmes être arrêtés, & alors on les oblige de payer une rançon pour obtenir leur liberté.

Cette injonction faite aux étrangers de sortir du Royaume, ne comprend pas les étrangers naturalisés; ils ont reconnu le Roi comme leur Souverain: celui-ci les a avoués comme ses Sujets. Cette soumission & cette reconnoissance de l'étranger ne permet plus de les regarder comme tels.

SECTION III.

Comment les Etrangers peuvent acquérir les droits de Citoyens?

Les étrangers ne peuvent acquérir le droit de citoyens François que par les Lettres de naturalité. Un étranger qui auroit demeuré pendant plusieurs années en France, qui s'y seroit marié, qui y auroit eu des enfans, ne seroit pas moins regardé comme étranger; il faut même observer que les aubains, qui auroient obtenu des Lettres du Roi pour posséder des offices, ou des bénéfices, ne sont pas censés naturalisés; ces Lettres n'ont d'autre effet que de les relever d'une incapacité qui les rend inhabiles à posséder un office, ou un bénéfice, dans ce Royaume; il n'y a que les Lettres de naturalité qui naturalisent les étrangers, & qui leur attribuent sans réserve les droits de citoyens. Le Roi seul peut naturaliser les étrangers; cet acte est un exercice de la Puissance souveraine, dont il est le seul dépositaire.

Ces Lettres de naturalité s'obtiennent en grande Chancellerie, & elles doivent être enregistrées en la Chambre des Comptes; c'est le seul enregistrement essentiellement nécessaire, sans lequel les Lettres ne peuvent avoir aucun effet; & l'enregistrement au Parlement, au Domaine, quelquefois à la Cour des Aides, est plutôt pour faciliter l'exécution des Lettres, que pour assurer leur validité.

Ces Lettres s'accordent, moyennant une somme proportionnée à la fortune de celui qui les obtient; quelquefois le Roi en fait remise; c'est ce qui arrive, lorsque le Roi les accorde en récompense des services qu'un étranger a rendus à la France. Le paiement de cette finance est comme une indemnité du droit d'aubaine, auquel le Roi renonce par les Lettres de naturalité qu'il accorde.

Les étrangers naturalisés jouissent de presque tous les droits des citoyens, si l'on excepte quelques Dignités éminentes dans l'Eglise, qu'ils ne peuvent occuper sans une permission expresse du Roi. Ils sont capables de posséder toutes sortes d'offices & bénéfices; ils ne sont pas tenus de donner la caution *judicatum solvi*; ils doivent être admis au bénéfice de cession; la contrainte par corps n'a pas lieu contr'eux en matiere civile, ils peuvent être témoins valables dans toutes sortes d'actes, même les plus solemnels. On ne peut leur refuser l'exercice du retrait lignager; ils ont la faculté de tester & de recevoir par testament, & de transmettre leurs successions, & de succéder.

Il faut cependant observer que les étrangers naturalisés, ne peuvent tester qu'en faveur de François ou d'étrangers naturalisés, comme ils ne peuvent aussi transmettre leurs successions qu'à ceux de leurs parens qui sont nés François, ou qui ont été naturalisés. La raison pour laquelle ils ne peuvent tester au profit d'un étranger, ni lui transmettre leurs successions, vient moins d'un défaut de capacité en eux, qu'en la per-

sonne des étrangers, qui sont incapables de toutes dispositions testamentaires; de toutes successions légitimes.

L'étranger naturalisé doit avoir pour héritiers ses plus proches parens regnicoles, encore qu'il y en eût de plus proches en pays étranger; en effet, l'héritier n'est pas le plus proche parent seulement, mais le plus proche parent habile à se dire & porter héritier; l'étranger ne possede que la premiere de ces deux qualités, il n'y joint pas la seconde; il ne peut donc pas être regardé comme le véritable héritier, cette qualité appartient donc au plus proche parent regnicole.

On demande si la veuve de l'étranger naturalisé lui succede, lorsque cet étranger n'a pas de parens regnicoles, en vertu de l'Edit, *Unde vir & uxor?* On peut dire que lorsque le Roi a accordé des Lettres de naturalité à cet étranger, il n'a eu d'autre objet que de lui permettre de transmettre sa succession aux héritiers légitimes, à ceux que le vœu de la nature & de la loi du sang y appelloient pour la recueillir; mais dès qu'il ne s'en trouve pas, le droit du Roi revit; il n'a prétendu favoriser que l'étranger naturalisé.

Il semble cependant que la femme a droit de succéder à cet étranger naturalisé. La femme est une héritiere légitime; on ne peut tirer aucune induction de ce que le Roi exclut le Haut-Justicier; le Haut-Justicier est un héritier irrégulier, il ne succede qu'aux biens, *in bona vacantia;* en conséquence, il n'est tenu des dettes que jusques à concurrence des biens. La femme au contraire est une héritiere réguliere de son mari; elle est tenue indéfiniment des dettes.

Les Lettres de naturalité ne sont cependant pas le seul moyen par lequel les étrangers puissent obtenir les droits de regnicoles; quelques villes du Royaume ont obtenu de nos Rois, que tous ceux qui viendroient s'y établir seroient naturalisés; ces villes sont, Lyon, Toulouse & Bordeaux. *Voy.* Coquille sur la Coutume de Nivernois.

La nécessité de peupler nos colonies, a engagé nos Rois à naturaliser tous les étrangers qui s'y transporteroient, dans la résolution d'y former un établissement fixe & durable.

Les esclaves négres, qui sont affranchis dans nos colonies, y acquierent tous les droits de citoyen. Nos Ordonnances portent que leur affranchissement leur tiendra lieu de naissance dans le pays où ils auront été affranchis.

On a aussi naturalisé les étrangers qui auroient servi pendant un certain temps dans nos armées de terre. Tout récemment, on a accordé le même privilege à ceux qui serviroient cinq ans sur mer.

Il y a quelques peuples qui jouissent des droits d'originaires François; les uns, sous la condition de venir s'établir en France, les autres même en demeurant hors du Royaume. Sur quoi il faut observer que les Lettres de naturalité sont censées renfermer la condition de demeurer dans le Royaume; & que, pour que l'étranger puisse en profiter sans cette demeure, il faut qu'il y ait une clause qui l'en dispense. Enfin, il faut

faire attention à ne pas confondre l'exemption du droit d'aubaine, avec la concession des droits des originaires François.

Les particuliers, ou les peuples exempts du Droit d'aubaine, ne sont pas pour cela citoyens : cette concession ne leur en acquiert pas les droits. Seulement celui qui l'a obtenue, est capable de disposer par testament des biens qu'il a dans le Royaume, & de les transmettre à ses héritiers légitimes ; mais ils ne pourroient recevoir une disposition à cause de mort, qui leur seroit faite par un François, ni la succession légitime d'un regnicole. *Arrêt de 1739 contre les Genevois.*

Lorsque nos Rois, par quelque Traité particulier, ont accordé à une Nation les droits de naturels François, elle en doit jouir tant qu'il n'y a pas de guerre entr'elle & nous ; car s'il survient quelque rupture, on n'y a plus égard.

Si la paix vient à être rétablie, il faut sçavoir si elle est rétablie sous les mêmes conditions que dans les Traités précédens ; car alors le droit de naturel François revit en faveur de cette Nation. Que si le Traité ne parloit pas du Droit d'aubaine, & qu'il n'eût aucune relation avec les précédens Traités, il faudroit avoir recours au Droit commun.

SECTION IV.

Comment les François perdent les droits de Regnicoles.

Les François qui ont abandonné leur patrie, sans aucun espoir de retour, perdent la qualité & les droits de Citoyens. C'est pourquoi Loisel met au rang des Aubains ceux qui, étant natifs du Royaume, *s'en sont volontairement absentés.* Reg. 48, Tit. 1, L. 1.

Mais on doit présumer toujours cet esprit de retour, à moins qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, & qui prouve une volonté certaine de s'expatrier. Tout autre fait ne peut que faire naître des soupçons, qui s'évanouissent, si le François revient dans le Royaume, quelque long-temps qu'il ait demeuré en Pays étranger ; que s'il y étoit mort, le soupçon croîtroit.

Le mariage qu'il y contracteroit, ne pourroit non plus que faire naître des soupçons ; mais il ne seroit plus permis de douter de son dessein de s'expatrier, s'il avoit établi le centre de sa fortune en Pays étranger, s'il s'y étoit fait pourvoir de quelqu'Office ou Bénéfice, surtout s'il s'y étoit fait naturaliser ; car on ne peut obtenir des Lettres de naturalité, sans se reconnoître sujet du Prince à qui on les demande.

Le François sorti du Royaume, sans conserver l'esprit de retour, devient presque de la même condition que les Etrangers.

Il y a seulement une différence entre les Etrangers & les François expatriés, qui est que les François recouvrent les droits de Regnicoles, en revenant dans leur patrie, avec dessein d'y fixer leur demeure ; car nous ne pensons pas qu'ils doivent être assujettis, comme le prétendent

quelques Auteurs, à prendre des Lettres de réhabilitation, si ce n'est peut-être dans le seul cas, où ils se seroient fait naturaliser en Pays étranger, pour effacer cette reconnoissance d'un autre Souverain, que celui de France.

Ce François, qui revient en France, ne recouvre les droits de Regnicole, que du moment de son retour : ainsi il ne peut recueillir les successions qui lui sont échues, ni les dispositions faites à son profit pendant son absence.

Quelques Auteurs prétendent qu'il y a encore une différence entre les François expatriés & l'Etranger, qui est qu'ils peuvent transmettre leurs successions à leurs héritiers légitimes, sans que le Roi puisse s'emparer de leurs biens à titre d'Aubaine. *Bacquet, Ch.* 40, N°. 4, *du droit d'Aubaine.*

L'Ordonnance la plus récente contre ceux qui s'expatrient, est l'Ordonnance de 1669. Elle s'explique en ces termes : » Défendons à tous nos Sujets de » s'établir sans notre permission dans les Pays étrangers, par mariages, acqui-» sition d'immeubles, transport de leur famille & biens, pour y prendre » établissement stable & sans retour, à peine de confiscation de corps & de » biens, & d'être réputés Etrangers «.

Il faut ajouter a tout ce que nous avons dit que les peines prononcées par cet Edit ne s'encourent pas *ipso facto*; & qu'il faut qu'on ait intenté contre le Sujet une accusation de désertion, sur laquelle sera intervenu un Jugement. Sans cela, il conserve toujours les droits de Regnicole.

Les enfans nés hors de France de François expatriés, ne sont privés des droits de Regnicole, qu'autant qu'ils demeurent en Pays étranger. S'ils viennent en France, ils recouvrent tous les droits de Citoyens. C'est l'avis de Boyer, décision 13, *Filius in Hispaniâ conceptus & natus à patre & matre Gallis qui in Hispaniam perpetuæ moræ causâ migrarunt, reversus in Galliam ad domicilium originis paternæ, animo perpetuo ibi manendi sine fraude, potest & succedere, & ad retractum venire.* Cela a été ainsi jugé par Arrêt vulgairement appellé l'*Arrêt de Langloise*. Bacquet, ch. 39, du droit d'aubaine.

Il faut néanmoins observer que ces enfans, quoique nés en Pays étranger, doivent succéder à leurs pere & mere qui seroient sortis du Royaume, sans aucun esprit de retour. En effet, puisqu'il est constant que les enfans nés en France d'un Etranger lui succedent, quoique l'Etranger ne puisse pas transmettre sa succession, il en doit être de même de l'enfant établi en France, qui est né en Pays étranger d'un François expatrié; car il n'est pas moins François que celui qui est né en France de parens étrangers : sa condition doit donc être la même.

Nos Loix ont prononcé des peines particulieres contre les Religionnaires fugitifs; elles ont voulu que, lorsqu'ils reviendroient dans le Royaume, après qu'on leur auroit fait leur procès pour crime de désertion, ils fussent tenus de prêter un nouveau serment de fidélité entre les mains du Gouverneur de la Province, & de faire profession de la Religion Catholique. Mais ces Loix ne sont pas exécutées; & il faut avouer que la Jurisprudence, sur l'état des François expatriés, est très-incertaine.

TITRE III.

Division des Personnes, par rapport à celles qui ont perdu la vie civile, & celles qui l'ont recouvrée.

Nous ne distinguons pas, ainsi que les Romains, deux sortes de morts civiles; l'une qui emporte la privation de tous les avantages établis, soit par le Droit civil, en faveur des citoyens, soit par le Droit des gens, en faveur de tous les hommes libres; l'autre qui ne privoit que des premiers, sans donner atteinte aux seconds. Dans nos mœurs, nous ne connoissons que la premiere de ces morts civiles. Parmi nous, les morts civilement, perdent tous les droits qui sont, soit du Droit civil, soit du Droit des gens.

Non seulement ils ne peuvent point tester ni recevoir par testament, succéder ni transmettre leur succession, ils ne peuvent encore ni contracter, ni acquérir, ni posséder. Ils peuvent cependant recevoir des alimens, parce que tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables. Tel est l'état dans lequel Argou & Domat semblent nous les représenter.

Quoiqu'il n'y ait parmi nous qu'une vie civile, qui produit les mêmes effets à l'égard de tous ceux qui l'ont encourue, on distingue cependant, si l'on considere la cause qui produit la mort civile, deux sortes de morts civilement. Les uns sont ceux qui ont encouru la mort civile par l'abdication volontaire qu'ils ont faite d'eux-mêmes des droits de la vie civile, par leur Profession dans un Ordre religieux. Les autres sont ceux qui ont encouru la mort civile par la condamnation à une peine, dont elle est la suite nécessaire.

L'Ordonnance des substitutions de 1747, distingue ces deux sortes de morts civiles: elle ne conserve ce nom, qui, dans nos mœurs, a quelque chose de flétrissant, qu'aux derniers; c'est-à-dire, à ceux qui ont encouru la mort civile par quelque crime grave; & elle nomme les Religieux Profès incapables d'effets civils.

SECTION PREMIERE.

De ceux qui sont incapables d'effets civils, par la Profession dans un Ordre Religieux.

La Profession religieuse consiste dans la séparation du siecle, & par conséquent renferme l'abdication volontaire de tous les droits que donne la vie civile. La Profession religieuse, qui fait perdre la vie civile, se consomme par l'émission des vœux solemnels.

Pour que les vœux soient solemnels, il faut que cinq choses concourent.

1°. Que l'Ordre, dans lequel ils sont faits, soit approuvé dans l'Eglise & dans l'Etat.

2°. Qu'ils soient reçus par un Supérieur qui en ait le pouvoir par les constitutions de l'Ordre. Nous ne reconnoissons pas dans nos mœurs de Professions tacites, quoique quelques-unes de nos Coutumes en fassent mention : & il en résulte que, lorsqu'il est certain qu'un Religieux n'a pas fait de vœux solemnels, le seul habillement ne peut les suppléer.

3°. Que celui qui les prononce ait l'âge requis. Celle de Blois avoit réduit à seize ans accomplis le temps de la Profession, qui, auparavant, suivant l'Ordonnance d'Orléans, ne pouvoit être qu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les mâles, & vingt ans pour les filles. Mais, par Edit du mois de Mars 1768, l'âge requis a été fixé, à compter du premier Janvier 1769, à vingt-un ans accomplis pour les hommes, & à dix-huit ans aussi accomplis pour les filles. Celui ou celle qui, étant nés le soir, feroit Profession le matin du dernier jour de sa 21 ou 18e. année, feroit-il cette profession valablement ? Non ; car, tant qu'il reste quelques momens, il est vrai de dire que l'année n'est pas accomplie. On peut tirer en argument la Loi 3, §. 3, *de minor. 25 annis*, qui décide qu'une Personne est encore mineure de ving-cinq ans le dernier jour de sa vingt-cinquieme année avant l'heure à laquelle elle est née, l'année devant se compter *à momento ad momentum*.

4°. Il faut qu'il y ait au moins un an d'intervalle entre le jour auquel le Religieux a pris l'habit de Religion, & celui de sa Profession, suivant qu'il est porté par l'Ordonnance de Blois. La même Loi défend d'admettre aucune fille à Profession, qu'elle n'ait été examinée par l'Evêque, ou par un de ses grands Vicaires, & que la cause ne leur en ait parue légitime & valable.

Nos Rois ont voulu qu'il y ait des actes de Vêture & de Profession, qui en assurent la vérité. Ils ont à cet effet ordonné qu'il y eût dans chaque Monastere & Maison Religieuse un registre en bonne forme, relié, coté & paraphé en tous ses feuillets par le Supérieur, & approuvé par un acte capitulaire, inséré au commencement. *Ordonnance de 1667, Tit. 20, art. 15.*

La Déclaration de 1736, veut que chaque acte & registre soit double, l'un desquels doit demeurer à la Communauté, & l'autre doit être porté au Greffe du Bailliage du lieu, pour y avoir recours.

Chaque acte de Vêture, ainsi que de Profession, doit être inscrit sur ce registre, signé de celui qui a pris l'habit ou fait Profession, du Supérieur & de deux témoins. *Art. 16, Tit. 20, Ordonnance de 1667.*

5°. Il faut que la Profession ait été volontaire. Tout ce qui peut lui ôter cette qualité, la rend nulle : la violence, la crainte, l'erreur, le dol peuvent donner lieu à une réclamation contre des vœux. Il faut cependant, pour que la crainte & la violence puissent annuller les vœux, qu'elles aient été capables de faire impression sur l'esprit d'un homme constant. Le dol & l'erreur doivent aussi être de nature à ne pouvoir faire regarder le consentement qui a été donné en conséquence comme valable.

Comme il est de l'intérêt public que l'état des hommes ne soit pas incertain, on a cru devoir fixer un temps, dans lequel celui qui auroit fait des vœux solemnels seroit obligé de réclamer contre. Ce temps est fixé à cinq ans depuis la Profession; & lorsqu'il est écoulé, le Religieux n'est plus recevable à proposer ses moyens de nullité. Il en est à plus forte raison de même, lorsqu'il a approuvé de nouveau volontairement ses vœux : mais il faut observer que les cinq ans que le Religieux a pour réclamer, ne commencent à courir que du jour que la cause, qui donne lieu à la réclamation, a cessé. On doit aussi remarquer que, quoique le Religieux soit obligé de réclamer dans les cinq ans, à compter du jour de sa Profession, il n'est cependant pas obligé de former sa demande dans le même temps : mais il ne semble cependant pas qu'on dût lui donner plus de cinq ans, pour agir après sa réclamation.

Le Religieux qui pretend que ses vœux sont nuls, doit s'adresser à l'Official de l'Evêque, pour en faire prononcer la nullité. Celui-ci doit l'admettre à la preuve testimoniale; & si les faits sont prouvés par les enquêtes, l'Official doit prononcer la nullité des vœux; & le Religieux est censé ne l'avoir jamais été. Lorsque la Profession est solemnelle, losqu'elle est faite avec toutes les formalités requises par les Canons de l'Eglise & les Loix de l'Etat, le Religieux devient incapable de tous effets civils : l'Ordre dans lequel il entre, forme bien un Corps dans l'Etat, qui peut acquérir des droits, posséder des biens; & exercer les actions qui en résultent; mais les Particuliers qui le composent, ne sont plus censés y exister. Si même le Religieux Profès devient Titulaire d'un Bénéfice; si, en cette qualité, il a des droits à exercer, c'est plutôt le Bénéfice qui est censé agir, que le Religieux, qui n'en est que l'Administrateur.

Comme le Religieux devient, au moment de l'émission de ses vœux solemnels, incapable de tous effets civils, dès cet instant, sa succession est déférée à ses parens qui se trouvent en degré de lui succéder.

Par la même raison, s'il a fait un testament, son testament est confirmé par sa Profession religieuse, comme il l'auroit été par sa mort naturelle.

Il ne peut aussi rien posséder en propriété, contracter, succéder à ses parens, jouir des droits de famille, assister comme témoin à un acte, où les témoins sont requis pour la solemnité; en un mot, faire aucune fonction publique. Il peut néanmoins être entendu comme témoin dans une enquête, ou dans une information, car, comme ces actes n'ont d'autre objet que de découvrir la vérité, tous ceux de qui on la peut apprendre, doivent être entendus, & par conséquent les Religieux plus que les autres, puisque la Profession religieuse ne les rend que plus dignes de foi, par la sainteté de l'état qu'ils ont embrassé.

Quoique les Religieux ne puissent rien posséder en propre, il y a cependant plusieurs Ordres dans lesquels on leur accorde différentes administrations à gérer. De-là s'est formé le pécule, qu'on peut comparer à plusieurs égards à celui des esclaves. Ils peuvent contracter pour raison de leur pécule, s'obliger, & obliger les autres envers eux : ils ont aussi le droit d'en disposer par quelque acte entre-vifs que ce soit; mais

ils ne peuvent en disposer par testament, ni par aucun acte à cause de mort.

Mais on demande à qui il doit appartenir après leur mort ? Il faut à cet égard distinguer le pécule des Religieux qui devroient être dans la Communauté, d'avec le pécule de ceux qui ont des Cures, & qui sont obligés, pour en remplir les fonctions, de demeurer hors le Cloître. Le pécule des Religieux qui demeurent dans les Communautés, appartient aux Communautés, puisqu'il est censé acquis de leurs fonds, & du travail du Religieux, dont elles doivent profiter. Il y a cependant quelques Abbayes reformées, dans lesquelles le pécule des Religieux appartient à l'Abbé.

Le pécule des Religieux-Curés, provenant des épargnes qu'ils ont faites sur les revenus de leurs cures, qui sont destinés aux pauvres, après qu'ils ont pris leur nécessaire, devroit appartenir aux pauvres de la Paroisse. La Jurisprudence du Parlement de Paris est d'en accorder un tiers à la fabrique, un tiers aux pauvres, & l'autre tiers à l'Abbaye : mais, au Grand Conseil, on adjuge le tout à l'Abbaye. Il paroît qu'on n'adjuge pas le pécule des Religieux apostats aux Communautés qui les ont laissé vaquer, sans les réclamer; il faut dire que c'est un bien vacant qui appartient au Fisc.

Ceux qui prennent le pécule d'un Religieux, sont obligés d'acquitter les dettes qu'il a contractées; mais ils n'en sont jamais tenus, que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils font. Quoique les Religieux, comme nous avons dit, ne puissent faire aucune fonction civile, comme Religieux, rien n'empêche que, s'ils possedent une Cure, ils ne puissent faire celles qui dépendent de la qualité de Curé. C'est pourquoi un Religieux-Curé, qui peut dresser les actes de baptêmes, mariages & sépultures de sa Paroisse, & en délivrer des expéditions, peut, par la même raison, recevoir les testamens de ses Paroissiens dans les Coutumes qui donnent aux Curés le pouvoir de les recevoir : mais il ne pourroit pas assister, comme simple témoin, à un testament, parce que cette fonction est indépendante de sa qualité.

Les Religieux Profès qui sont élevés à l'Episcopat, sont sécularisés; ils recouvrent, par leur promotion à cette Dignité, la vie civile qu'ils avoient perdue par leurs Professions; ils deviennent capables de toutes les fonctions publiques; ils peuvent acquérir des biens par toutes sortes d'actes; ils ont le droit de disposer par testament de ceux qu'ils possedent; ils transmettent leur succession *ab intestat* à leurs parens; ils ne peuvent cependant pas leur succéder; enfin, ils sont capables de posséder & d'acquérir des immeubles. Nous observerons que quelques personnes refusent aux Religieux qui ont été promus à l'Episcopat le droit de tester.

Les Religieux qui ont obtenu du Pape une dispense de leurs vœux, ne sont pas pour cela restitués à la vie civile. Toutes ces dispenses sont regardées en France comme abusives; & ceux qui les ont obtenues, ne jouissent pas dans le Royaume de l'état qu'ils auroient, s'ils n'avoient pas été Religieux.

On n'encourt la mort civile que par l'émission des vœux solemnels. Il en faut conclure que les Novices la conservent jusqu'à leur Profession : mais s'ils ne sont pas morts civilement, ils contractent néanmoins différentes incapacités, même pendant le temps de leur Noviciat.

L'Ordonnance des testamens défend de les recevoir pour témoins dans ces sortes d'actes. Ils ne peuvent faire de donations entre-vifs ; mais ils peuvent tester, lorsqu'ils ont l'âge requis pour le faire. Il est vrai qu'ils ne peuvent faire aucune disposition au profit du Monastere dans lequel ils entrent, ni d'aucun autre du même Ordre.

Les vœux simples ne rendent pas incapables d'effets civils ceux qui les ont prononcés : ils ne lient point dans le for-extérieur, quoique, dans le for-intérieur, ils soient aussi obligatoires que les vœux solemnels. On appelle vœux simples ceux qui ne sont pas faits avec les formalités prescrites pour les rendre solemnels.

Nous observerons qu'il s'est élevé dans le dernier siecle plusieurs Congrégations régulieres. La nature des engagemens qu'on y forme, varie beaucoup. On peut les distinguer en quatre classes. La premiere est de ceux qui font des vœux solemnels, comme les Théatins & les Barnabites. La seconde est de ceux qui ne font que des vœux simples, comme les Peres de la Mission, autrement dit Lazaristes. La troisieme classe comprend les ci-devant Jésuites, qui commençoient par faire de premiers vœux, pour s'engager après un certain temps par des vœux solemnels. La quatrieme renferme ceux qui ne font aucuns vœux, soit simples, soit solemnels, comme les Oratoriens & les Sulpiciens.

Il faut observer qu'il y a aussi plusieurs Communautés de filles, dans lesquelles on ne fait pas de vœux ; ou bien ceux qu'on y fait, ne sont que simples.

Les Clercs réguliers, qui font des vœux solemnels, sont incapables d'effets civils, comme tous les autres Religieux Profès. Ceux, au contraire, qui ne font que des vœux simples, conservent la vie civile, & tous les droits qui en sont une suite : ils succedent à leurs parens, & leurs parens leur succedent ; ils peuvent tester au profit des autres, comme on peut tester en leur faveur. En un mot, ils sont dans le même état que s'ils n'avoient fait aucuns vœux ; & cela a lieu, soit qu'ils demeurent dans la Communauté où ils se sont engagés, soit qu'ils en soient sortis. Les Clercs réguliers, qui ne font aucuns vœux, jouissent à plus forte raison de tous ces droits.

Mais on a long-temps douté de la nature des premiers vœux que prononçoient les Jésuites. Il ne sera pas inutile de rapporter les variations de la Jurisprudence sur cette matiere.

Il est constant qu'on n'a pas regardé les Jésuites qui n'avoient fait que leurs premiers vœux, comme incapables d'effets civils.

Depuis leur établissement en France, jusqu'au temps de leur exil ; c'est-à-dire, jusqu'en 1594, leur état n'étoit pas même conditionnel ; il ne dépendoit pas de leur sortie : ils conservoient tous leurs droits, même pendant le temps qu'ils étoient dans la Société.

Enfin, s'ils faisoient leurs derniers vœux, ils n'encouroient la mort civile, que du moment qu'ils les avoient prononcés. Ricard parle de plusieurs Arrêts qui les ont déclaré capables de recueillir des successions, des donations entre-vifs, ou à cause de mort, même pendant le temps qu'ils étoient dans la Société.

Lorsqu'ils furent rétablis en France, en 1603, l'Edit de leur rétablissement les déclara, après leur premier vœu, de la même condition que tous les autres Religieux, sous cette modification néanmoins, que s'ils venoient à être congédiés ou licenciés par leur Supérieur, ils pourroient rentrer dans leurs droits, comme auparavant. Cette derniere disposition de l'article 5, ne passa pas au Parlement, lors de la vérification de l'Edit. La Cour ordonna qu'il seroit fait à ce sujet des remontrances au Roi, par lesquelles il seroit supplié de donner une Déclaration.

En conséquence de cet Arrêté, la modification de l'article 5 n'a pas eu d'exécution. Plusieurs Arrêts ont déclaré les Jésuites, qui se sont engagés par les premiers vœux, incapables de toutes successions échues ou à écheoir, dans le cas même où ils avoient été licenciés par leur Supérieur. Il y en a un de 1631, qui déclare le sieur Begat, qui avoit été congédié de la Société des Jésuites depuis l'émission de ses premiers vœux, incapable de succéder à son frere. Il y en a un autre de 1632, qui déboute le sieur Martin, ex-Jésuite, de la demande qu'il avoit formée en partage contre sa sœur.

Il paroît cependant qu'on ne les réputoit pas incapables d'effets civils à tous égards. Lebrun, dans son Traité des Successions, paroît le décider. Il faut observer que la Jurisprudence du Parlement de Paris n'étoit pas généralement reçue. Dans quelques Parlemens, on suivoit la disposition de l'article 5 de l'Edit de 1603, dans toute son étendue. Dans celui de Bordeaux, on admettoit ceux qui avoient été licenciés dans les cinq ans, à partager ou recueillir les successions auxquelles la Loi les appelloit. *Arrêt du 4 Juillet* 1697.

On sentit l'inconvénient que produisoit la variété & l'incertitude de la Jurisprudence sur un objet aussi important. Dès 1701, le Parlement de Paris fit un nouvel Arrêté, par lequel il ordonna que le Roi seroit supplié d'interpréter l'article 5 de l'Edit de 1603. Louis XIV nomma des Commissaires, pour examiner la question : mais cet examen, ou ne fut pas fait, ou ne servit à rien. Ce ne fut que sur de nouvelles remontrances, & un nouvel examen, que Louis XIV rendit en 1715 une Déclaration pour tout le Royaume.

Suivant cette nouvelle Loi, les Jésuites qui avoient fait leurs premiers vœux, étoient vrais Religieux, tant qu'ils demeuroient Jésuites ; & ils ne jouissoient pas plus de la vie civile que tous les autres Religieux. Néanmoins, comme ils pouvoient être congédiés de la Société, leur état civil étoit plutôt en suspens, qu'il n'étoit perdu ; car s'ils étoient congédiés, & qu'ils retournassent au siecle, ils étoient censés, *quasi quodam jure postliminii*, n'avoir jamais perdu leur état civil. Si, au contraire, ils restoient dans la Société, ils étoient censés, par la fiction de la Loi Cornelienne,

Cornelienne, l'avoir perdu dès l'instant de l'émission de leurs premiers vœux. Leur état étoit semblable en cela, à l'état des Captifs dans le Droit Romain.

De-là il s'ensuivoit que le Jésuite qui étoit congédié, rentroit dans tous les droits qu'il avoit au moment de l'émission de ses premiers vœux; que s'il lui étoit échu quelques successions, pendant qu'il étoit encore dans la Société, à laquelle il eût eu droit, s'il n'eût pas été Jésuite, cette succession étoit censée véritablement lui être échue, & par conséquent devoit lui être restituée.

Il en faut conclure à plus forte raison, qu'il devoit être admis à recueillir les successions qui lui échéoient après sa sortie. Il faut cependant observer qu'aux termes de la Déclaration de 1715, il ne pouvoit exiger la restitution des fruits, soit des biens qu'il avoit, soit de ceux qui lui étoient échus depuis. Il pouvoit néanmoins répéter les fruits perçus pendant les deux années de son Noviciat, parce qu'au moment de l'émission de ses vœux, ces fruits avoient changé de nature, & faisoient partie de ses biens.

De-là il résultoit aussi que s'il n'étoit pas congédié, les biens qu'il avoit au moment de sa Profession, étoient censés avoir passé aux héritiers qu'il eût eu pour lors, s'il fût décédé; que son testament devoit être censé confirmé irrévocablement dès ce même instant, comme il l'eût été par la mort naturelle; & qu'enfin les successions qui auroient dû lui appartenir, s'il eût été licencié, devoient être regardées comme échues à ceux que la Loi appelloit pour les recueillir, dans le cas où il n'eût pas existé.

Mais il faut observer que, pour que le Jésuite pût rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, & recueillir les successions qui lui étoient échues pendant le temps qu'il avoit été Jésuite, il étoit nécessaire qu'il fût sorti de la Société avant trente-trois ans : s'il n'en étoit sorti qu'après sa trente-troisieme année, il ne pouvoit, ni rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de ses vœux, ni se faire restituer les successions qui lui étoient échues : il étoit même incapable de toutes successions qui pouvoient lui écheoir par la suite, soit directes ou collatérales.

Nous avons dit que le Jésuite congédié après l'âge de trente-trois ans, ne pouvoit rentrer dans aucun des biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, quoique la Déclaration de 1715 ne parlât que des successions qui leur étoient échues; parce que la même raison milite dans l'un & dans l'autre cas, & qu'on peut dire que ce terme de trente-trois ans est comme une espece de prescription que la Loi avoit établie contre les Jésuites licenciés après cet âge, qui ne leur permettoit plus de revendiquer leurs biens, ni d'exercer les droits qui leur étoient échus jusqu'au moment de leur sortie.

De ce que le Jésuite qui étoit congédié après les trente-trois ans, ne pouvoit plus rentrer dans les biens qu'il avoit avant l'émission de ses vœux, ou qui lui étoient échus depuis, ni même recueillir les successions directes ou collatérales, qui pouvoient lui écheoir après sa sortie, il ne s'ensuivoit

pas qu'il fût privé de même de tous les autres droits qui dépendoient de l'état civil. Ce n'est pas en effet parce que cette Loi les a regardés comme incapables d'effets civils, qu'elle a prononcé contr'eux cette incapacité, mais, comme elle le déclare elle-même, pour assurer l'état des familles, dans lesquelles on avoit pu prendre des arrangemens relatifs au juste sujet qu'on avoit de croire que le Jésuite ne rentreroit pas au siecle, & qui se trouveroient dérangés, s'il recouvroit le droit de succéder. D'ailleurs, il suffit de considérer la nature de leurs vœux : s'ils s'engageoient à demeurer pour toujours dans la Société, les Supérieurs avoient le droit de les licencier. Leur engagement n'étant donc que conditionnel, il s'anéantissoit, si les Supérieurs les congédioient. Mais comment peut-on dire qu'un homme qui est sans engagement, sans vœux, puisse être incapable d'effets civils ? On pouvoit donc regarder comme le sentiment le plus unanimement reçu, que ceux qui sortoient des Jésuites après les trente-trois ans, si l'on en excepte l'incapacité où ils étoient de pouvoir succéder, devoient être regardés comme les autres citoyens ; qu'ils conservoient tous les droits de famille ; que, comme aînés, ils pouvoient porter les Armes pleines ; qu'en cette même qualité, le droit de Patronage leur appartenoit ; qu'ils étoient capables d'exercer le retrait lignager, si ce n'est dans quelques Coutumes, où cette faculté est comme une suite du droit de succéder, & qu'ils avoient le pouvoir de tester, & de recevoir par testament.

Il y a un Arrêt qui a jugé que le sieur Colas, Chanoine de Saint Agnan d'Orléans, congédié de la Société après l'âge de trente-trois ans, étoit capable d'un legs qui lui avoit été fait par le testament de l'un de ses parens.

Enfin, dans le cas où ils n'étoient pas dans les Ordres sacrés, ils pouvoient contracter un mariage qui auroit eu tous les effets civils.

Nous devons cependant observer qu'il y a des personnes qui regardoient les Jésuites licenciés après l'âge de trente-trois ans, comme incapables de tous effets civils.

N. B. « Le Roi Louis XV, par son Edit du mois de Novembre 1764, » a ordonné que la Société & Compagnie des Jésuites n'auroit plus lieu » dans son Royaume, & néanmoins a permis à ceux qui avoient été » Membres de cette Société, de vivre en particulier dans ses Etats, sous » l'autorité spirituelle des Ordinaires des Lieux, en se conformant aux Loix » du Royaume.

» Le Roi, par son Edit du mois de Mai 1777, leur a permis pareillement de vivre dans ses Etats, comme Particuliers, & ainsi que les autres » Ecclésiastiques séculiers, sous l'autorité des Ordinaires. Par l'article 4, » Sa Majesté déclare qu'ils ne pourront posséder aucuns Bénéfices à charge » d'ame dans les Villes, ni y exercer les fonctions de Vicaire ; mais leur » permet seulement de posséder dans lesdites Villes ou ailleurs des Bénéfices simples, ou sujets à résidence ; & leur permet par l'article 5 de posséder des Cures dans les campagnes, ou d'y exercer les fonctions de » Vicaires.

» L'article 7 déclare qu'ils seront à l'avenir capables de recevoir tous legs & » donations, de tester, contracter & jouir de tous les effets civils, ainsi que » les autres Sujets du Roi, sans néanmoins que ceux qui auroient quitté la » Société après l'âge de trente-trois ans, ou qui auroient atteint l'âge de » trente-trois ans accomplis lors de l'Edit du mois de Novembre 1764, » puissent recueillir aucune succession.

» Enfin, par la Déclaration du 7 Juin 1777, Sa Majesté a déclaré que » les Ecclésiastiques qui étoient ci-devant de la Société, pourront résider » hors du Diocèse de leur naissance, lorsqu'ils en auront obtenu la per- » mission de leur Evêque, & qu'ils pourront posséder toutes Dignités, » Canonicats & Prébendes dans les Cathédrales & Collégiales, autres que » celles qui ont charge d'ame, ou dont les fonctions sont relatives à » l'éducation publique, qui leur sont interdites par l'Edit ci-dessus daté, » à la charge par eux de se conformer aux dispositions desdits Edit & » Déclaration «.

Les vœux que les Chevaliers de Malte prononcent, sont des vœux solemnels de religion, qui les rendent incapables de tous effets civils. On leur permet cependant d'exiger de leurs pere & mere, ou de ceux qui leur ont succédé, une pension, jusqu'à ce qu'ils soient pourvus d'une Commanderie.

En ce qui concerne les Hermites, on doit dire que ceux qui n'ont fait aucuns vœux solemnels dans un Ordre approuvé, ne sont point Religieux, & par conséquent ne sont point morts civilement, cependant ils sont quelquefois déclarés incapables de recueillir les successions qui leur sont échues, ou qui leur écherroient par la suite, lorsqu'ils ont vécu long-temps dans cet état. Arrêt du 17 Février 1633, contre Jérôme Delanoüe, rapporté par Brodeau sur Louet, Lettre C. Som. 8.

SECTION II.

Des Morts civilement par la condamnation à une peine qui emporte mort civile.

La mort civile n'est pas parmi nous une peine particuliere, prononcée contre ceux qui ont commis quelque crime grave; elle est au contraire une suite d'une condamnation à une autre peine qui y donne lieu.

1°. Celui qui a été condamné à la mort naturelle, encourt la mort civile, lorsque la condamnation ne peut être exécutée. L'on ne doit plus en effet regarder comme existans ceux qui ont été jugés mériter le dernier supplice.

2°. Celui qui a été condamné aux galeres à perpétuité, est réputé mort civilement: il devient meme en quelque sorte esclave de la peine. Nous disons à perpétuité; car s'il n'y étoit condamné que pour un temps, quelque long qu'il fût, il ne pourroit y avoir lieu à la mort civile.

3°. Le bannissement à perpétuité, & hors du Royaume, emporte mort civile; mais il faut que ces deux circonstances concourent.

Le bannissement à perpétuité d'un lieu, ou du Royaume pour un temps, ne donne pas lieu à la mort civile; car la mort civile étant une image de la mort naturelle, elle doit avoir un effet perpétuel. *Nec enim quis ad certum tempus intelligitur mori.*

L'usage n'est pas de bannir les femmes hors du Royaume: en conséquence, Argou prétend que les femmes qui auroient été bannies hors du ressort d'un Parlement, devoient être censées mortes civilement; mais nous ne voyons pas quelles peuvent être les raisons de ce sentiment.

Plusieurs avoient aussi pensé qu'il n'y avoit que les Cours Souveraines qui pussent bannir hors du Royaume; mais tous les Juges royaux ont ce droit; il paroît cependant qu'on le conteste aux Juges des Seigneurs.

La condamnation aux galeres à perpétuité, séquestrant pour toujours le condamné de la Société, doit emporter mort civile.

Examinons dans quel temps la mort civile est censée encourue par les condamnés aux peines qui emportent mort civile.

Il faut distinguer si la condamnation a été rendue contradictoirement, ou par contumace. Au premier cas, la mort civile est encourue irrévocablement du jour que la condamnation a été prononcée par un Juge souverain, soit qu'il soit Juge en premiere instance, soit qu'il soit Juge d'appel.

Quelques Auteurs prétendent que, dans le cas où le Juge souverain est Juge d'appel, l'Arrêt confirmatif devoit avoir un effet rétroactif au jour de la premiere Sentence; mais il faut considérer qu'en matiere criminelle, la premiere Sentence ne forme pas un Jugement parfait; qu'on la regarde comme faisant partie de l'instruction; que cette instruction ne reçoit son complément que par le dernier interrogatoire que l'accusé subit en la Cour où l'appel est porté; & qu'enfin l'on est tellement persuadé que la premiere Sentence n'est pas un véritable Jugement jusqu'alors, qu'on ne la prononce au condamné qu'après l'Arrêt rendu.

Si le Jugement en dernier ressort est attaqué par la voie de la Requête civile, de la revision ou de la cassation: si le Jugement n'est pas annullé, la mort civile est encourue du jour de l'Arrêt contre lequel on s'est pourvu.

Dans le deuxieme cas, où la condamnation est prononcée, sans avoir entendu l'accusé, & par contumace, alors la mort civile n'est pas encourue du jour du Jugement, mais seulement du jour de l'exécution. Il faut même alors distinguer si l'accusé s'est représenté, ou a été constitué prisonnier, ou s'il est décédé dans les cinq ans; ou s'il ne s'est présenté, s'il n'a été constitué prisonnier, & s'il n'est décédé qu'après les cinq ans.

Dans le cas où le condamné s'est présenté, ou est constitué prisonnier dans les cinq ans, la contumace est anéantie, de telle sorte que si le condamné venoit à mourir, même après les cinq ans, sans avoir subi une nouvelle condamnation, on ne pourroit pas le regarder comme mort civilement. Si même il étoit condamné par Jugement contradictoire à la

même peine, il ne seroit toujours censé mort que du jour du dernier Jugement.

Le Jugement de contumace est aussi anéanti, si le condamné vient à décéder dans les cinq ans. Si cependant il étoit coupable d'un crime qui ne s'éteint pas par la mort, il faudroit faire le procès à sa mémoire, comme s'il n'y avoit pas eu de Jugement de contumace.

S'il décede après les cinq ans, sans s'être représenté, & sans avoir été constitué prisonnier, alors il encourt la mort civile du jour de l'exécution du Jugement par contumace : ainsi son état est en suspens pendant les cinq ans.

Il faut cependant observer que la veuve du condamné, ses enfans, ou ses parens peuvent obtenir des Lettres à l'effet de purger la mémoire du défunt. S'ils réussissent à faire retracter la condamnation, il est réputé mort *integri statûs* : s'ils succombent, la Sentence de contumace a tout son effet.

Mais que dira-t-on, si le prisonnier ne se représente, ou n'est constitué prisonnier qu'après les cinq ans ? Il semble qu'il faut distinguer s'il a obtenu, ou non, des Lettres d'ester à droit : s'il en a obtenu, l'effet de ces Lettres est de le remettre au même état où il étoit avant l'expiration des cinq ans ; mais s'il n'en obtient pas, la contumace ne peut être anéantie que par un Jugement contradictoire ; de sorte que s'il vient à décéder avant ce Jugement, il est censé mort civilement, comme s'il ne se fût pas représenté.

Mais on demande si, lorsque le condamné, soit qu'il se soit représenté dans les cinq ans, ou après, vient à être condamné par le Jugement contradictoire à la même peine à laquelle il avoit été condamné par le Jugement de contumace ; si, dis-je, il encourt la mort civile, ou du jour de l'exécution du Jugement de contumace, ou du jour du Jugement contradictoire ? Il faut décider qu'elle n'a toujours lieu que du jour du Jugement contradictoire, parce que ce Jugement annulle toûjours celui de contumace.

Lorsque celui qui a été condamné par contumace à une peine qui emporte mort civile, ne s'est pas représenté, ou n'a pas été constitué prisonnier dans les trente ans, il encourt la mort civile irrévocablement ; & il ne peut plus espérer de revenir à la vie civile, que par des Lettres du Prince qui la lui rendent. Comme, après ce temps, il ne peut plus subir la peine dont il a obtenu la décharge par la prescription, il n'est plus recevable à se représenter ; & par une conséquence naturelle, il n'a plus de moyen de purger la contumace, & d'anéantir les suites de la condamnation qui a été exécutée contre lui.

Cela ne peut avoir lieu, lorsqu'il s'agit du crime de duel ; car comme, suivant l'article 35 de l'Edit du mois d'Août 1679, on n'en peut prescrire la peine, même par trente ans, à compter du jour de l'exécution de la Sentence de contumace, le condamné peut toujours se représenter ; & par une suite nécessaire, il peut obtenir un Jugement d'absolution qui anéantisse la contumace, de sorte qu'on ne peut jamais dire qu'il ait encouru la mort civile irrévocablement jusqu'au jour de son décès.

Quelques uns avoient pensé que cette prescription de trente ans avoit non-seulement lieu pour la peine, mais encore pour toutes les autres suites de la condamnation. Le contraire a été jugé à la Tournelle, en 1737.

Lorsqu'une personne a encouru la mort civile par une condamnation à une peine, dont elle est la suite, soit que cette condamnation soit prononcée par un Jugement contradictoire, soit qu'elle le soit par contumace, elle a toujours une ressource pour recouvrer la vie civile dans la clémence du Prince.

Si la condamnation prononce la peine de mort, il peut obtenir des Lettres d'abolition & de remission : si la condamnation n'emporte pas peine de mort, il peut obtenir des Lettres de pardon. Ces Lettres, lorsqu'elles sont entérinées, effacent jusqu'au moindre vestige de la condamnation. Non-seulement elles remettent la peine du crime, elles sont encore censées éteindre le crime.

Quelquefois il arrive que les Lettres que le Prince accorde, ne contiennent qu'une commutation de peines : dans ce cas, le condamné ne recouvre la vie civile, qu'autant que la peine, en laquelle a été commuée la premiere, n'emporte pas mort civile.

Si ceux qui ont été condamnés aux galeres, ou au bannissement hors du Royaume à perpétuité, obtiennent des Lettres de rappel de ban ou de galeres, alors ils recouvrent la vie civile; car, comme la mort civile n'est qu'une suite de la peine à laquelle ils sont sujets, dès que cette peine leur a été remise, on ne peut plus les présumer morts civilement.

Nous remarquerons que les Lettres de commutation de peine, de rappel de ban & de galeres, n'effacent pas la condamnation, comme les Lettres d'abolition, de remission ou de pardon, ni la réhabilitation du condamné en ses biens & bonne renommée. Ces premieres ne font que changer, ou remettre la peine; les autres remettent le condamné au même état que s'il ne l'avoit pas été.

Pour que les condamnations, dont la mort civile est une suite, puissent y donner lieu, il faut qu'elles aient été prononcées en Justice réglée.

Une condamnation à mort, prononcée par un Conseil de guerre, contre un soldat pour délit militaire, n'emporte pas la mort civile du condamné, ni la confiscation de ses biens; il meurt *integri statûs*, & il transmet sa succession à ses parens. Par la même raison, un ordre du Roi, qui enjoint à quelqu'un de sortir du Royaume, n'emporte pas la mort civile de l'exilé.

SECTION III.

Des Infames.

L'infamie forme un état mitoyen entre ceux qui jouissent de tout leur état civil, & ceux qui sont morts civilement; car l'infamie ne fait pas perdre l'état civil, mais elle y donne atteinte & le diminue, *non consu-*

mit, sed minuit. Elle ne s'encourt parmi nous que par la condamnation à une peine dont elle est la suite. Examinons quelles sont ces peines.

1°. Tous ceux qui ont été condamnés à la mort naturelle ou civile, sont censés morts infames. Quelques-uns tiennent que le contumace décédé, dans les cinq ans, meurt infame ; mais ce sentiment est contraire à l'opinion commune, fondée sur l'Ordonnance, que le contumace, décédé dans les cinq ans, meurt *integri status*. Le Jugement de contumace est absolument anéanti, & l'accusé est réputé mort aussi innocent que s'il n'y avoit eu aucun Jugement rendu contre lui ; on ne peut donc dire qu'il est mort infame, l'infamie ne pouvant s'appliquer qu'à celui qui est reconnu coupable ; mais on dit, pour l'opinion contraire, que la disposition de l'Ordonnance, qui permet aux héritiers du contumace, décédé dans les cinq ans, d'appeller du Jugement de contumace, feroit illusoire, s'il étoit vrai que la sentence de contumace fût anéantie, relativement à tous les effets qu'elle peut produire ; mais cette objection se détruit, si l'on fait attention que l'appel des parens n'a d'autre effet que de faire cesser les condamnations pécuniaires ; & non pas de faire déclarer le défunt innocent. Si l'on demande pourquoi les parens doivent interjetter appel, pour se faire restituer contre les condamnations pécuniaires, c'est que comme elles ont été adjugées & exécutées en vertu d'un Jugement, il faut recourir à la même voie pour en obtenir la restitution ; or cette voie est la voie de l'appel.

2°. Ceux qui sont condamnés à une peine afflictive, sont réputés infames ; les peines afflictives sont les galeres pour un temps, le fouet & la fleur-de-lys, le pilori & le carcan.

3°. Les autres peines qui emportent infamie sont, le bannissement pour un temps, ou d'un lieu, l'amende honorable, le blâme, & l'amende en matiere criminelle confirmée par Arrêt.

L'amende honorable envers la Justice est la seule qui produise l'infamie, ce n'est qu'improprement qu'on appelle de ce nom les satisfactions qu'on fait aux particuliers pour réparer l'injure qu'ils ont reçue ; l'amende honorable envers la Justice produit l'infamie, soit qu'elle se fasse en la Chambre du Conseil, ou à l'Audience, debout ou à genoux, nue tête & en chemise, la corde au col, en présence de l'Exécuteur de la Haute-Justice.

Il ne faut pas aussi confondre l'injonction d'être plus circonspect, ou la défense de récidiver, avec le blâme ; ces deux dernieres prononciations n'emportent pas d'infamie ; l'aumône, quoique prononcée par Arrêt, n'emporte pas non plus d'infamie.

Argou', *Tit. des peines*, prétend que le Jugement, qui prononce contre un Officier la privation de son office, & qui le déclare incapable de le posséder, emporte infamie ; mais on tient aujourd'hui le contraire pour constant ; ce Jugement rend seulement celui contre lequel il a été rendu incapable de posséder d'autres Offices.

L'effet de l'infamie, est de rendre celui qui l'a encourue incapable de posséder aucun office, ni bénéfice, & de pouvoir remplir aucune fonction publique. Cette incapacité fait que non-seulement on ne peut obtenir,

ni acquérir de nouveaux bénéfices, ou offices; mais encore, qu'on perd ceux dont on étoit pourvu; il y a cependant cette différence entre le bénéficier & l'officier, que ce dernier n'est privé que de l'exercice de son office, & qu'il en conserve la propriété.

Ceux qui sont infames ne peuvent ainsi être entendus en déposition, ni être témoins en matiere civile dans quelque acte que ce soit, testamens, ou autres; enfin ceux qui sont infames ne peuvent tester.

Ceux qui sont dans les liens d'un décret d'ajournement personnel, ou de prise de corps, quoiqu'ils ne soient pas regardés comme infames, ne jouissent cependant pas d'une réputation entiere. Leur témoignage ne doit pas être reçu, ou du moins il doit être regardé comme suspect; aussi l'Ordonnance regarde-t-elle comme suspects, & comme des moyens de reproches légitimes, ceux par lesquels les parties prouvent que les témoins ont été décrétés de prise de corps, ou d'ajournement personnel; ils sont aussi interdits de toutes fonctions publiques pendant qu'ils sont *in reatu*.

On avoit douté si le décret d'ajournement personnel, décerné contre les Ecclésiastiques, les interdisoit des fonctions de leur ministere; mais l'Arrêt de réglement de 1752 ne laisse plus lieu d'en douter.

Il faut observer qu'il y a cette différence entre les effets de l'infamie & les suites des décrets de prise de corps & d'ajournement personnel, que les uns sont perpétuels, ainsi que l'infamie même qui les produit, au lieu que les autres ne durent qu'autant que les décrets; dès qu'il est intervenu un Jugement qui décharge l'accusé, ou qui ne prononce aucune des peines qui donnent lieu à l'infamie, il rentre absolument dans l'exercice de ses fonctions, & il y a lieu de penser qu'on ne pourroit reprocher son témoignage. La raison qui a fait joindre une espece de note aux décrets de prise de corps, ou d'ajournement personnel, est que, comme ces décrets ne se doivent décerner que lorsque l'accusation est grave, & qu'elle est accompagnée de présomption, ou même de preuves considérables, ils rendent légitimement suspects ceux contre qui ils ont été lancés.

Au contraire, le décret d'assigné pour être ouï, ne suppose qu'une légere accusation, de foibles indices; il n'emporte aucune interdiction contre ceux contre qui il a été décerné, & il ne peut diminuer la foi qui est due aux dépositions qu'ils font en justice. Ce décret n'est pas d'un usage fort ancien, & il n'a été introduit que pour conserver les officiers dans leurs fonctions, dont le décret d'ajournement personnel les rendoit incapables; il paroissoit en effet injuste de voir un officier interdit de toutes ses fonctions, sur la plus légere accusation qu'on formoit contre lui, ou sur de simples soupçons qui sembloient l'établir.

Il faut encore observer cette différence entre les décrets de prise de corps, ou d'ajournement personnel, & le décret d'assigné pour être ouï, que lorsqu'un accusé assigné pour être ouï, est, faute de se représenter, décrété d'ajournement personnel, ou même de prise de corps, les décrets de conversion n'ayant de durée que jusqu'à ce que l'accusé ait subi interrogatoire, il s'ensuit qu'il n'emporte interdiction que jusques à ce temps. Au contraire, lorsque le décret de prise de corps, ou d'ajournement

nement personnel, est originaire, l'interdiction qu'il fait encourir dure jusques à la fin du procès, à moins que, par un jugement interlocutoire, l'accusé ne soit renvoyé en état d'assigné pour être oui.

De meme que ceux qui ont perdu la vie civile, peuvent la recouvrer en obtenant des Lettres du Prince qui la leur rendent; de même ceux qui ont encouru l'infamie par une condamnation à une peine dont elle est la suite, peuvent obtenir des Lettres de réhabilitation en leur bonne renommée; ces Lettres remettent le condamné au même état où il étoit avant la condamnation; elles lui rendent tous les droits qu'elle lui avoit fait perdre; il devient de nouveau capable d'être pourvu d'offices ou de bénéfices; il recouvre la faculté de tester; on ne peut plus suspecter son témoignage.

Les Lettres de rappel de ban & de galeres n'ont pas le même effet que les Lettres de réhabilitation; celui qui les a obtenues demeure toujours infame, à moins que par un nouveau bienfait du Prince, il ne soit rétabli en sa bonne renommée.

TITRE IV.

Division des Personnes en Légitimes & Bâtards.

ON appelle Bâtards tous ceux qui ne sont pas nés d'un mariage contracté suivant les Loix du Royaume.

L'enfant né d'une conjonction illégitime, peut devenir légitime, si les pere & mere contractent par la suite ensemble un légitime mariage, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas adultérin, c'est-à-dire, que lors de la conjonction de laquelle il est né, ni son pere, ni sa mere n'aient été engagés dans un mariage avec un autre.

La légitimation par Lettres du Prince, ne donne à l'enfant légitimé que le droit de porter le nom de son pere, & ne lui donne pas les droits de famille, & par conséquent les droits de succéder ni à son pere, ni à sa mere, ni à aucun autre parent.

Les Bâtards jouissent de l'état civil, commun à tous les citoyens, mais ils n'ont pas les droits de famille.

Par le Droit Romain, ils appartenoient à la famille de leur mere, mais par le Droit François, ils n'appartiennent à aucune famille, toute parenté naturelle, provenante d'une conjonction illégitime, n'étant pas considérée dans notre Droit; de là il suit qu'ils n'ont droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs enfans nés d'un légitime mariage, & qu'il n'y a que leurs enfans nés en légitime mariage qui puissent leur succéder.

Les Bâtards sont incapables de recevoir des donations universelles, soit entre-vifs, soit par testament de leurs pere ou mere, mais ils sont capables

de recevoir d'eux des donations & legs particuliers; & à l'égard des étrangers, ils sont capables de toutes sortes de donations & legs, soit universels, soit particuliers.

Les bâtards, quoique légitimés par Lettres, ne succedent pas à la noblesse de leurs pere ou mere, néanmoins les bâtards de Princes, lorsqu'ils sont légitimés par Lettres, sont nobles.

Les bâtards nés d'une conjonction inceſtueuse ou adultérine, sont d'une condition pire que les autres bâtards, en ce que 1°. Ils ne peuvent devenir légitimes par le mariage subséquent de leurs pere & mere. 2°. En ce qu'ils sont incapables de toutes donations de leurs pere ou mere, même à titre particulier; on peut néanmoins leur laisser des alimens.

TITRE V.

Division des Personnes tirée de l'âge & du Sexe, & d'autres causes.

LE Sexe fait, dans l'état civil des personnes, une différence entre elles. Celui des hommes est plus étendu.

Les fonctions civiles & offices publics étant réservés aux seuls hommes, & interdits aux femmes, les femmes ne peuvent donc faire les fonctions d'Avocats, de Juges; elles sont incapables de tutelle, curatelle, sauf que par une exception au Droit commun, quelques Coutumes leur déferent celles de leurs enfans; elles ne peuvent être témoins dans les actes, pour la solemnité desquels les témoins sont requis, &c.

Le Droit d'interdire aux femmes les offices publics, nous est commun avec les autres peuples. Dans le Droit Romain, *Fœminæ ab omnibus civilibus officiis remotæ sunt. L. 2, ff. de Reg. Juris.* Ce droit n'est pas seulement fondé sur la foiblesse du sexe, car il y a plusieurs fonctions civiles, qui ne demandent aucune capacité; telles que celle d'un témoin pour la solemnité d'un acte, lesquelles ne laissent pas d'être interdites aux femmes. La principale raison doit se tirer de la pudeur du sexe qui, obligeant les femmes à vivre retirées dans leurs maisons, pour s'y appliquer uniquement à leur ménage, & ne leur permettant pas de se produire au-dehors surtout *in cœtibus virorum*, leur interdit, par une conséquence naturelle, ces fonctions civiles qu'elles ne pourroient remplir, qu'en se produisant au-dehors, & en se trouvant avec des hommes dans les assemblées.

L'âge établit encore une différence entre les personnes. Les mineurs de vingt-cinq ans sont sous la puissance paternelle, ou sous la puissance de leurs tuteurs; & en conséquence, ils n'ont, ni la disposition, ni l'administration de leurs biens, à moins qu'ils ne soient sortis de cette puissance par l'émancipation.

Les mineurs, quoiqu'émancipés, ne peuvent aliéner les immeubles sans décret du Juge : ils ne peuvent ester en Justice sans l'assistance d'un curateur, si ce n'est en quelques cas particuliers. Au contraire, les majeurs de vingt-cinq ans sont usans de tous leurs droits, & ont en conséquence la libre disposition & administration de leurs biens.

Il en faut excepter les interdits, soit pour cause de démence, de prodigalité, ou de quelque défaut corporel, tels que sont les sourds & muets. Ils ne sont pas usans de leurs droits, & n'ont ni la disposition, ni l'administration de leurs biens; ils sont soumis à des curateurs qu'on leur crée. Il faut aussi en excepter les femmes mariées : le mariage les fait passer sous la puissance de leur mari.

L'âge est aussi considéré pour les fonctions publiques & civiles. *V. G.* il faut avoir vingt-cinq ans pour être Juge, vingt ans accomplis pour être témoin dans les actes où les témoins sont nécessaires pour leur solemnité.

Enfin, l'âge peut être considéré comme opérant dans ceux qui l'ont atteint, une espece de privilege. *V. G.* les septuagénaires, par l'accomplissement de cet âge, sont exempts de la plupart des charges publiques, de la contrainte par corps en matiere civile : ils peuvent même se faire élargir des prisons où ils sont détenus pour dettes.

TITRE VI.

Division des Personnes, par rapport aux différentes puissances qu'elles ont droit d'exercer sur d'autres, ou qui s'exercent sur elles.

SECTION PREMIERE.

De la puissance maritale.

Les femmes, par le mariage, passent dans la famille, & sous la puissance de leur mari : c'est pour cela qu'elles portent son nom. Cette puissance du mari sur la femme s'étend sur sa personne & sur ses biens. (*)

(*) M. Pothier ayant donné un Traité de la puissance du mari sur la personne & les biens de sa femme, qui précede celui de la Communauté, & qui contient à peu près les mêmes principes, & les mêmes décisions qui se trouvent dans cette premiere Section, nous nous contenterons d'y renvoyer.

SECTION II.

De la Puissance paternelle.

On a mis autrefois en question si, dans le Pays coutumier François, il y avoit une puissance paternelle. Quelques Auteurs ont avancé qu'il n'y en avoit point : on ne peut néanmoins douter qu'il n'y en ait une. La Coutume d'Orléans en fait mention expresse dans la rubrique du Tit. 9. Elle parle aussi en l'*art.* 158, d'émancipation ; ce qui suppose une puissance paternelle ; mais cette puissance, telle qu'elle a lieu dans le Pays coutumier, est entiérement différente de celle que le Droit Romain accordoit aux peres sur leurs enfans, dont le terme & la durée étoient sans bornes, & qui étoit, *quasi quoddam jus dominii*, semblable à celle que les Maîtres avoient sur leurs esclaves.

Dans nos Pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses.

1°. Dans le droit que les pere & mere ont de gouverner avec autorité la personne & les biens de leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes & leurs biens. De ce droit dérive la Garde-noble & bourgeoise, dont nous parlerons dans la Section suivante.

2°. Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfans certains devoirs de respect & de reconnoissance.

De la premiere partie de la puissance paternelle, naît le droit qu'ont les pere & mere de retenir leurs enfans auprès d'eux, ou de les envoyer dans tel Collége, ou autre endroit où ils jugent à propos de les envoyer pour leur éducation.

De-là il suit qu'un enfant soumis à la puissance paternelle, ne peut entrer dans aucun état, se faire Novice, faire Profession religieuse contre le consentement de ses pere & mere, sous la puissance desquels il est. Cela a été jugé contre les Jésuites, au profit de Me Airault, Lieutenant-Général d'Angers, par Arrêt de 1587 ; contre les Feuillans, par Arrêt du 10 Août 1601 ; contre les Capucins, au profit du Président Ripault, par Arrêt du 24 Mars 1604. Ces Arrêts sont fondés en grande raison. L'état religieux n'est que de conseil évangélique ; or il est évident qu'on ne peut pas pratiquer un conseil évangélique par le violement d'un précepte, tel qu'est celui de l'obéissance à ses parens, qui nous est prescrite par le quatrieme Commandement de Dieu. D'ailleurs, la Profession religieuse, quoique bonne & utile en soi, ne convient pas néanmoins à tout le monde : tous ne sont pas appellés à cet état. Or les pere & mere sont présumés être plus en état de juger si leurs enfans sont appellés ou non à cet état, que leurs enfans, qui, n'étant point encore parvenus à la maturité de l'âge, ne sont pas encore capables de juger par eux-mêmes de l'état qui leur convient. *V. les Capit. de Charlemagne, Liv. 1, ch. 5.*

Il faut excepter de notre regle le service du Roi, auquel les enfans de famille peuvent valablement s'engager contre le consentement de leurs pere & mere. L'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle.

De la premiere partie de notre principe, naît aussi le droit d'une correction modérée, qu'ont les pere & mere sur leurs enfans. Ce droit de correction, dans la personne du pere, va jusqu'à pouvoir, de sa seule autorité, faire enfermer ses enfans dans des maisons de force, quand il n'est pas remarié. Lorsqu'il est remarié, il ne le peut sans Ordonnance du Juge qui, pour en accorder la permission, doit s'enquérir de la justice des motifs que le pere allegue pour faire enfermer ses enfans. La raison est que, quand un pere est remarié, on n'a pas tant lieu de présumer de la justice de ses motifs, arrivant assez souvent, comme dit la Loi 4, ff. *de inoff. testam.* que des peres, *novercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti, malignè contra sanguinem suum judicium inferunt.*

Les femmes ont aussi besoin de l'autorité des Juges, pour faire enfermer leurs enfans dans des maisons de force. La foiblesse de leur jugement, & le caractere d'emportement, assez ordinaire à ce sexe, empêche qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mere, comme sur celui du pere. Ce sont les distinctions qu'on trouve dans un Arrêt de 1695. *V. le Tome V du Journal des Audiences.*

La puissance paternelle, quant à la premiere partie, finit non-seulement par la mort naturelle ou civile du pere ou de l'enfant, mais encore par la majorité de l'enfant, par son mariage, même avant vingt-cinq ans, & par l'émancipation.

Observez que, quoique parmi nous, la puissance paternelle appartienne à la mere comme au pere, en quoi notre Droit differe du Droit Romain, qui ne l'accordoit qu'au pere, néanmoins la mere ne peut exercer les droits dont nous venons de parler, qu'au défaut du pere; c'est-à-dire, après sa mort, ou dans le cas auquel, pour sa démence, ou son absence, il ne pourroit pas l'exercer. Hors ces cas, la puissance de la mere est exclue par celle du pere, la mere étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire; elle n'en peut exercer aucune sur ses enfans, si ce n'est du consentement, & sous le bon plaisir de son mari.

La puissance paternelle, quant à la seconde partie, ne peut finir que par la mort naturelle du pere ou de ses enfans; car des enfans ne peuvent jamais être dispensés des devoirs de reconnoissance & de respect, dans lesquels elle consiste.

C'est de la puissance paternelle, considérée quant à cette seconde partie, que dérive l'obligation où sont les enfans de requérir le consentement de leurs pere & mere, pour se marier. Tous les enfans, quelqu'âge qu'ils aient, sont obligés de requérir ce consentement de leurs pere & mere; mais tous ne sont pas obligés de l'obtenir. Les garçons de trente ans, les filles de vingt-cinq, peuvent, sans être sujets à aucune peine, contracter mariage sans le consentement de leurs pere & mere,

après qu'ils ont requis leur conſentement par des ſommations, qu'on appelle reſpectueuſes.

Comme il eſt de l'intérêt public, que les enfans ſe marient, pour donner des citoyens à l'Etat, & qu'il pourroit arriver qu'il ſe trouvât des pere & mere aſſez déraiſonnables, pour ne conſentir à aucun mariage de leurs enfans, il a été néceſſaire de fixer l'âge auquel les enfans pourroient ſe paſſer de ce conſentement, après néanmoins qu'ils auroient ſatisfait au reſpect qu'ils doivent à leurs parens, en le leur demandant.

La forme, dans laquelle les enfans peuvent requérir ce conſentement, eſt que l'enfant doit ſe tranſporter en perſonne dans la maiſon de ſes pere & mere, & requérir leur conſentement au mariage qu'il ſe propoſe de contracter avec une telle perſonne, de laquelle requiſition, il doit ſe faire donner acte par deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins, qu'il doit à cet effet mener avec lui. S'il n'obtient pas le conſentement à la premiere requiſition, il doit en faire une ſeconde en la même forme. (*)

Après ces deux requiſitions, il eſt à couvert de toutes peines. S'il manque à ce devoir, le mariage ne laiſſe pas d'être valable; mais il eſt ſujet à la peine d'exhérédation, dont ſon pere & ſa mere peuvent le punir, ſi bon leur ſemble. *Décl. de 1639, art. 27.*

Ce défaut eſt auſſi une cauſe d'ingratitude, pour laquelle les pere & mere peuvent révoquer les donations qu'ils auroient faites. *Edit de 1556.*

Suivant l'Edit de Mars de 1697, les filles majeures, quoique veuves ſont ſoumiſes à cette peine de l'exhérédation, lorſqu'elles n'ont pas requis par écrit le conſentement de leurs pere & mere à leur ſecond mariage. La Loi ne parlant que des filles, il ſemble que les hommes veufs n'y ſont pas ſujets.

A l'égard des garçons au-deſſous de trente ans, & des filles au-deſſous de vingt-cinq, il ne leur ſuffit pas, pour être à couvert des ſuſdites peines, d'avoir requis le conſentement de leurs pere & mere, il faut qu'ils l'aient obtenu; que s'ils ſe ſont mariés contre leur gré, au décès de leurs pere & mere, ils ſont ſujets auxdites peines.

Si le garçon mineur de trente ans, mais majeur de ving-cinq, ſe marie ſans le gré de ſes pere & mere, il eſt à la vérité ſujet à cette peine; mais il n'eſt ſujet à aucune autre; & le mariage qu'il a contracté, ne laiſſe pas d'être valable, & ne peut, pour raiſon de ce, être attaqué.

Que ſi les enfans, qui ont contracté mariage ſans le conſentement de leur pere & de leur mere, ſont mineurs de vingt-cinq ans, leur mariage, ſuivant la Juriſprudence, eſt préſumé entaché du vice de ſéduction, & ſur l'appel, comme d'abus, que les pere & mere, dont on a mépriſé le conſentement, peuvent interjetter de la célébration de ce mariage, les Cours Souveraines ont coutume de le déclarer nul & abuſif.

L'Edit de 1639, *art.* 11, prononce auſſi des peines contre les mineurs de vingt-cinq ans, qui ſe ſont mariés ſans le conſentement de leurs pere

(*) L'uſage eſt d'en faire trois.

& mere. Ils sont par cet Edit déclarés, eux & leurs enfans qui naîtront de ce mariage, indignes de toutes successions directes & collatérales, & de tous les avantages portés par les Coutumes, même du droit de légitime.

Lorsque les pere & mere approuvent dans la suite le mariage de leurs enfans, contracté contre leur gré, ou à leur insçu, tout le vice résultant de ce défaut de consentement, est dès-lors purgé : dès-lors, les pere & mere ne sont plus recevables à quéreller ce mariage ; dès-lors, l'enfant cesse d'être sujet à la peine de l'exhérédation, & à toutes les autres, dont il a été parlé.

Il n'est pas nécessaire que cette approbation soit expresse : l'approbation tacite produit cet effet ; comme si, *V. G.* le pere & la mere ont reçu chez eux leur gendre ou leur bru, &c.

Les enfans sont obligés de fournir, autant qu'il est en leur pouvoir, les alimens nécessaires à leurs pere & mere, qui se trouvent réduits à l'indigence.

Les pere & mere ont pour cela une action en Justice contre leurs enfans; lesquels doivent être condamnés à faire à leur pere une pension convenable à leur condition & à ses besoins, pourvu néanmoins que les enfans aient des facultés suffisantes pour cela. C'est pourquoi le Juge doit entrer en connoissance de cause.

Lorsque les enfans sont de pauvres gens, qui n'ont pas le moyen de faire une pension, on les condamne à recevoir tour à tour en leurs maisons leurs pere & mere, & à les nourrir à leur table.

Lorsqu'il y a plusieurs enfans riches, doivent-ils être condamnés solidairement à la pension que leur pere demande pour ses alimens ? Je le pense; car chaque enfant, indépendamment de ses freres & sœurs, est obligé de donner à son pere ce qui lui est nécessaire pour la vie. Ce nécessaire est quelque chose d'indivisible ; car on ne vit pas pour partie : *Alimentorum causa est individua.* Chaque enfant doit donc solidairement les alimens à son pere ; & par conséquent il doit solidairement la pension qui en tient lieu. Cette décision a lieu à l'égard des enfans qui ont des facultés suffisantes pour payer le total ; car autrement ils ne devroient être condamnés, que jusqu'à concurrence de leurs facultés.

Si quelques-uns des enfans avoient le moyen de payer le total, & que quelques autres n'eussent le moyen, que d'y contribuer pour leur portion, on devroit condamner solidairement ceux qui ont le moyen, & les autres seulement pour leur portion. On doit en décharger ceux qui n'ont pas le moyen d'y contribuer en rien ; & entre ceux qui ont le moyen d'y contribuer pour quelque chose, il n'est pas nécessaire que la contribution se fasse par portions égales.

Cette obligation où sont les enfans, ne se borne pas à ceux du premier degré. Les petits-enfans sont obligés à fournir des alimens à leur ayeul ou ayeule indigens, lorsque leur pere est prédécédé, ou qu'il n'est pas en état de les fournir lui-même.

SECTION III.

De la Garde-Noble & Bourgeoise. (*)

SECTION IV.

De la Tutelle.

La Tutelle est le droit attribué à quelqu'un par une autorité publique, pour gouverner la personne & les biens d'un mineur.

ARTICLE PREMIER.

Combien y a-t-il d'especes de Tutelle?

Notre Droit Coutumier est en cela différent du Droit Romain. Celui-ci admettoit trois especes de Tutelles; la testamentaire, la légitime & la dative.

La testamentaire est celle qui étoit déférée par le testament du pere des pupilles. Ce droit qu'avoient les peres de donner par leur testament un tuteur à leurs enfans impuberes, étoit une suite de la puissance qu'ils avoient sur leur famille. Cette puissance étoit une espece de domaine qui faisoit regarder les enfans, vis-à-vis de leur pere, comme des choses à eux appartenantes, & dont ils avoient le droit. Leurs enfans étoient *suæ res*, suivant les termes de leurs Loix: ils exerçoient ce pouvoir, même après leur mort, sur leurs enfans, en disposant de leur Tutelle, & leur nommant un tuteur, de la même maniere qu'ils disposoient de l'hérédité de leurs enfans, en cas qu'ils vinssent à mourir impuberes, en leur nommant un héritier; ce qui s'appelloit substitution pupillaire. Ce droit étoit renfermé dans ces termes de la Loi des douze Tables. *Uti quisque pater familias super pecuniâ tutelâve suæ rei legassit, ita jus esto.* Les peres n'ayant pas parmi nous une pareille puissance, le droit de Tutelle testamentaire n'a pas lieu en Pays Coutumier.

Dans la plupart de nos Coutumes, il n'y a qu'une espece de Tutelle, qui est la dative, c'est-à-dire, celle qui est donnée par le Magistrat, sur l'avis des parens des mineurs; & de ce nombre est la Coutume de Paris. Quelques Coutumes ont aussi une Tutelle légitime, mais différente de celle du Droit Romain; & de ce nombre est la Coutume d'Orléans.

(*) M. Pothier a Traité de la Garde-Noble & Bourgeoise dans un Traité particulier qui a été placé dans le troisieme volume des Œuvres Posthumes; c'est pourquoi il suffit de renvoyer à ce Traité.

§. I.

§. I.

De la Tutelle légitime.

La Tutelle légitime, dont il nous rèste à parler, étoit, par le Droit Romain, déférée *proximis agnatis*. On appelloit *agnati*, ceux qui étoient parens *per virilem sexum*, ceux qui étoient du même nom, de la même famille. Par le droit des Novelles, la Tutelle légitime étoit aussi déférée à la mere ou à l'ayeule des pupilles, même préférablement aux agnats.

Parmi nos Coutumes qui ont admis une Tutelle légitime, quelques-unes ne la donnent qu'au pere survivant, ou à la mere survivante : d'autres, du nombre desquelles est celle d'Orléans, l'accordent aux autres ascendans, au défaut ou refus du survivant; elle appelle cette Tutelle *Garde*.

Les articles 28 & 178 de la Coutume d'Orléans, qui parlent de cette garde, disent qu'au défaut ou refus du survivant, elle est déférée à l'ayeul ou ayeule du côté du décédé. *L'art.* 26, dit en général : *Gardiens sont pere & mere, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans.* Sur quoi on demande si les ascendans du côté du survivant, ne peuvent pas aussi avoir la garde ou Tutelle légitime, à défaut ou refus du survivant. Il faut distinguer entre la garde prise pour la garde-noble; c'est-à-dire, pour les droits qu'ont les Nobles d'avoir les meubles, & l'usufruit des immeubles venus à leurs mineurs de la succession du prédécédé, & la garde prise pour Tutelle légitime. La garde noble, qui dépouille les mineurs, étant contraire à leurs intérêts, doit être restreinte; d'où il s'ensuit qu'il faut, par rapport à cette garde, avoir égard aux termes de l'*art.* 23, qui ne parle que de l'ayeul & ayeule du côté du prédécédé, & en conséquence ne la défere qu'à ceux-ci, & non point à ceux du côté du survivant.

A l'égard de la garde prise pour la Tutelle légitime, elle doit être favorable autant que la garde noble est défavorable, étant de l'intérêt des mineurs d'avoir un ascendant pour tuteur, qui, par les liens de la nature, doit avoir beaucoup plus d'affection pour eux, que n'en auroit un collatéral. C'est pourquoi l'usage a donné cette interprétation aux articles 23 & 178, que la mention qui y est faite d'ayeul & ayeule du côté du décédé, n'est faite que pour donner à ceux-ci la préférence sur ceux du côté du survivant; lesquels, au défaut ou refus de ceux du côté du prédécédé, doivent avoir la Tutelle légitime de leurs petits-enfans. Telle est l'interprétation que l'usage & la pratique de cette Province ont donnée à ces articles.

On peut apporter deux raisons de cette préference accordée aux ayeuls du côté du prédécédé. La premiere est que chaque ligne doit avoir son tour pour cette garde; que la Coutume la déférant d'abord à celle du survivant, en la personne du survivant, c'est, après le survivant, le tour de la ligne du prédécédé. La seconde est que les biens des mineurs,

leur venant ordinairement de la succession du prédécédé, les ascendans de cette famille ont encore plus d'intérêt de conserver, & de bien administrer ces biens qui sont de leur famille, que n'en ont les ascendans de l'autre ligne, auxquels ces biens sont étrangers.

Entre les ascendans d'une même ligne, les mâles doivent être préférés aux femmes. Argum. de ce qui est dit *infrà* des collatéraux.

La Coutume d'Orléans défere les Tutelles légitimes, non-seulement aux ascendans, soit entre nobles, soit entre roturiers, mais même aux collatéraux nobles: elle la défere aussi aux femmes, en préférant néanmoins en pareil degré les mâles, & elle donne à cette Tutelle légitime le nom de *bail.* Cette Tutelle légitime n'est point une charge nécessaire que la Coutume impose aux personnes auxquelles elle la défere, telle que l'étoit dans le Droit Romain la Tutelle légitime des agnats: au contraire, elle leur permet de la répudier, si bon leur semble, en faisant, dans la quinzaine, leur déclaration au Greffe de la Justice, qu'elles n'entendent l'accepter, & en faisant pourvoir par le Juge, à leurs dépens, leurs mineurs d'un tuteur, à peine de dommages & intérêts desdits mineurs, qui consistent en ce que, faute par les ascendans à qui la garde étoit déférée, d'avoir fait nommer un tuteur, ils demeurent de droit tuteurs, & sont tenus de rendre indemnes les mineurs de tout ce qu'ils auroient souffert par le défaut d'administration de leurs biens.

§. II.

De la Tutelle dative.

La Tutelle dative est celle qui est donnée par le Juge du domicile du mineur. Pour cet effet, la famille du mineur s'assemble devant le Juge qui, sur son avis, nomme un tuteur au mineur. C'est celui des ascendans à qui la Tutelle légitime du mineur est déférée, & qui ne veut point l'accepter, qui est chargé de faire cette convocation. S'il n'y a point d'ascendans, ce sont les autres parens du mineur les plus proches, & habiles à lui succéder, qui sont chargés de cette poursuite, à peine d'être tenus des dommages & intérêts du mineur. *Art.* 23 & 182, *in fine.* On convoque les affins du mineur, aussi bien que ses parens. Les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur qui est vivante, ou dont il y a quelques enfans. Le nombre des parens & affins convoqués doit être au moins de cinq. *Art.* 183. A défaut de parens ou affins, on appelle des voisins. *Art.* 180. On n'est point obligé d'appeller les parens demeurans hors le Bailliage, à moins qu'ils ne soient les plus proches. *Art.* 184.

Les parens convoqués doivent élire l'un d'entr'eux: on ne peut élire un parent qui n'auroit pas été convoqué. L'élection doit se faire du plus prochain parent, habile à succéder au mineur, idoine, capable & suffisant. *Art.* 183, ce qui ne signifie pas qu'il soit absolument nécessaire

d'élire pour tuteur un parent du mineur qui soit le plus proche, & habile à lui succéder; car, parmi les personnes habiles à succéder, il peut ne s'en trouver aucuns capables de la Tutelle. Le sens de la Coutume est seulement qu'on ne doit pas élire un parent d'un degré plus éloigné, si, parmi ceux du degré plus proche, & surtout parmi ceux habiles à succéder, il s'en trouve quelqu'un qui soit capable de la Tutelle, qui soit idoine, suffisant, & n'ait aucune excuse. La raison en est, qu'il est naturel que ceux que l'émolument de la succession du mineur, en cas qu'il décede, regarde, doivent aussi supporter les charges de la Tutelle, suivant cette maxime d'équité, *quos spectat emolumentum, eos debet spectare onus.*

Un parent d'un degré plus éloigné, qui est élu tuteur, pendant qu'il y en a de plus proches idoines, capables, suffisans & sans excuse, est donc bien fondé à appeller de sa nomination.

La Tutelle dative étant une charge publique, en ce sens qu'elle est déférée par l'autorité publique, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui jouissent de l'état civil dans toute son étendue, qui en soient capables. C'est pourquoi les Aubains, ceux qui sont morts civilement, les mineurs, les interdits, en sont incapables. Les femmes sont aussi incapables de la Tutelle dative; car, comme il a été dit ailleurs, *ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt*, même celles à qui la Loi accorde la Tutelle légitime de leurs enfans, sont incapables de cette Tutelle dative; car étant, de droit commun, incapables de toutes les fonctions civiles; & la Tutelle légitime de leurs enfans ne leur étant accordée que par privilege, elles ne peuvent être capables que de celle-ci, & non d'aucune autre.

A l'égard des ascendans mâles, qui ont répudié la Tutelle légitime qui leur a été déférée, il n'y a pas de doute qu'ils peuvent être élus & nommés à cette Tutelle, & contraints de l'accepter, s'ils n'ont pas quelque excuse, comme celles dont il sera parlé ci-après.

Il ne suffit pas que le plus prochain parent soit capable, pour qu'on doive l'élire, la Coutume veut qu'il soit idoine. Celui qui a la capacité civile pour être tuteur, n'est pas néanmoins toujours propre à gouverner la personne & les biens du mineur. *V. G.* la rusticité ou trop grande simplicité, les infirmités habituelles, le déréglement des mœurs, empêchent qu'une personne doive être jugée idoine. La Coutume veut encore que celui qu'on élira, soit suffisant. Un homme sans biens, un homme qui a fait faillite, est suspect de dissiper les deniers de la Tutelle, & n'est pas suffisant.

Lorsque les parens convoqués devant le Juge, ont élu un d'entr'eux pour la Tutelle, le Juge le nomme tuteur : l'élection que les parens en font, sert de motif au Juge; & ce n'est pas de cette élection, mais du décret du Juge, rendu en conséquence, que le tuteur tient sa qualité de tuteur.

Si les parens sont partagés d'avis entre deux personnes, le Juge doit nommer celui qui a le plus grand nombre de suffrages, s'il est idoine & suffisant; & en parité de suffrages, il doit choisir celui qu'il jugera lui-même être le plus idoine; & s'il n'en a pas de connoissance, il doit pré-

férer celui nommé par ceux, dont la probité, la dignité, les liens du sang avec le mineur, rendent les suffrages d'un plus grand poids.

Si celui qui est élu par les parens, allégue quelque cause d'excuse qui soit trouvée juste par le Juge, & qui ne soit point contestée par les parens, ils doivent incontinent en élire un autre : si les causes d'excuses sont contestées, le Juge peut renvoyer sur cela à plaider.

Le tuteur qui a été nommé par le Juge, doit prêter serment de bien s'acquitter de sa charge de tuteur ; ou appeller de sa nomination, s'il prétend y être bien fondé.

ARTICLE II.

Des Causes d'excuses de Tutelle.

Une des principales causes en droit est, *absentia rei publicæ causâ.* Cette cause excuse de Tutelle & Curatelle tous ceux qui sont dans les Troupes du Roi, ou dans la Marine, tous ceux qui sont envoyés dans les Pays étrangers comme Ambassadeurs, Envoyés, Résidens & leurs Secrétaires ; tous ceux qui sont employés dans le Ministere, & les principaux Commis. Les Officiers des Cours Souveraines sont aussi censés *occupati circa rem publicam*, & en conséquence exempts de Tutelle ou Curatelle, comme de toutes autres charges publiques. Il y a plusieurs autres Offices qui donnent cette exemption ; mais ces Officiers doivent rapporter les Edits ou Déclarations du Roi qui la leur accordent.

Les Professeurs des Universités ont aussi joui de tout temps de l'exemption de Tutelle ou Curatelle, & de toutes autres charges publiques, y ayant été maintenus par quantité d'Arrêts. La raison est que leur temps étant entiérement consacré à l'étude, pour l'instruction des Etudians, ils ne doivent pas en être détournés.

L'état de Cléricature en exempte aussi, parce que leur temps doit être entiérement consacré à l'étude de la Religion. Les infirmités habituelles, qui sont assez considérables pour empêcher de vaquer à une Tutelle, sont une cause d'exemption. L'âge de soixante-dix ans accomplis exempte aussi des Tutelles, Curatelles & autres charges publiques.

Le nombre de trois Tutelles, où il y a trois patrimoines, exempte aussi d'une quatrieme. L'exemption de Tutelle & des autres charges publiques, est aussi accordée comme un privilege à ceux qui ont cinq enfans vivans.

Les enfans mâles qui ont laissé des petits-enfans, par lesquels ils sont représentés, & ceux qui sont morts dans les Armées du Roi, en combattant, sont réputés vivans.

Toutes les causes que nous venons de rapporter, excusent des Tutelles que nous n'avons point encore acceptées : *Excusant à suscipiendâ Tutelâ.* Mais, lorsqu'elles surviennent depuis la Tutelle acceptée, donnent-elles droit au tuteur de s'en faire décharger ? *Excusant ne à jam susceptâ ?*

Je pense qu'il faut distinguer, lorsque la cause d'excuse survenue depuis la Tutelle, est telle qu'elle empêche absolument de vaquer à la Tutelle, comme une infirmité habituelle très-grave, comme une paralysie, la perte de la vue, &c. ou lorsque le tuteur est envoyé pour le service du Roi ou du Peuple, pour un long temps, hors des lieux où est l'exercice de la Tutelle, de telles causes, ou autres semblables, doivent faire décharger le tuteur de la Tutelle qu'il a acceptée. *Excusant à jam susceptâ Tutelâ.*

Il faut décider le contraire à l'égard des causes qui excusent des Tutelles & Curatelles par forme de privileges, telles que sont les exemptions accordées à certains Officiers; le nombre des enfans; l'âge de soixante-dix ans, s'il n'est accompagné de quelque infirmité grave : ces causes excusent bien *à suscipiendâ Tutelâ*, lorsqu'elles existoient au temps auquel elle a été déférée; mais lorsqu'elles surviennent depuis, elles ne donnent pas le droit au tuteur de se faire décharger de la Tutelle.

Lorsque le tuteur, pour les causes ci-dessus, se fait décharger de la Tutelle, a-t-il la répétition des frais qu'il fait pour obtenir cette décharge, & pour faire nommer un autre tuteur à sa place ? On peut dire pour la négative que le tuteur, en se faisant décharger, & faisant substituer un tuteur à sa place, semble en cela *magis negotium proprium gerere, quàm pupilli;* & par conséquent il en doit porter les frais. Il paroît qu'on peut encore tirer en argument l'article 23 de la Coutume d'Orléans, qui veut que les ascendans qui répudient la garde légitime qui leur est déférée, fassent pourvoir, à leurs frais & dépens, de tuteur à leurs enfans. Qu'on ne dise pas que c'est pour les punir en quelque façon de ce qu'ils répudient une charge que la piété paternelle exige d'eux; car on doit présumer de la piété paternelle, que, lorsqu'ils la répudient, ce n'est pas par défaut de zèle & d'affection pour leurs enfans, mais parce qu'ils ne se sentent pas en état de l'administrer. D'ailleurs la Coutume, en les assujettissant à ces frais, ne fait aucune distinction entre ceux qui sont en état de s'en charger, & ceux qui ne le sont pas. Que si la Coutume a voulu que nous n'obtinssions qu'à nos dépens la décharge d'une Tutelle, qui ne nous est que déférée, à plus forte raison doit-on conclure, selon son esprit, que c'est à nos dépens que nous devons obtenir la décharge de celle, dont nous nous trouvons déjà revêtus.

D'un autre côté, on peut dire pour l'affirmative, que c'est un principe qu'un tuteur doit avoir la répétition de toutes les dépenses que la Tutelle l'a obligé de faire pour l'intérêt de son mineur, que les frais qu'il fait pour s'en faire décharger, & substituer un autre tuteur à sa place, lorsqu'une cause survenue sans son fait l'empêche absolument de vaquer à la Tutelle dont il étoit chargé, l'oblige à faire ce qu'il fait pour le bien de son mineur, qui a intérêt d'avoir un tuteur en état d'administrer la Tutelle; que le tuteur, en s'en faisant substituer un qui soit en état de faire ce qu'il ne peut plus faire, *magis pupulli negotium gerit quàm suum;* & que, par conséquent, les frais en doivent être portés par le mineur.

Lorsqu'une personne, qui avoit un privilege pour s'excuser d'une Tutelle à laquelle elle avoit été nommée, n'en a pas fait usage, elle n'est

censée avoir rénoncé à son privilege, que pour cette Tutelle; & elle peut en user pour d'autres qui lui seroient déférées, même après qu'elle seroit quitte de la premiere. C'est le sens de cette maxime de Droit : *Voluntaria tutela privilegiis non derogant.*

ARTICLE III.

Du pouvoir des Tuteurs.

La Loi donne au tuteur un pouvoir sur la personne, & sur les biens du mineur qui est sous sa tutelle.

§. I.

Du pouvoir sur la personne.

La puissance du tuteur sur la personne de son mineur, est semblable à la puissance paternelle, qui a lieu en Pays coutumier; car un tuteur tient lieu de pere à son mineur. Un tuteur a donc le droit de s'en faire obéir, & de l'obliger à lui être soumis, comme un enfant doit l'être à son pere. Il peut le retirer chez lui, ou l'envoyer dans des Colléges, ou tels autres lieux où il jugera à propos pour son éducation.

Il a droit d'exercer sur son mineur une correction modérée : il ne peut pourtant pas le faire, de sa seule autorité, enfermer dans une maison de force, comme le peut un pere. Mais si son mineur mérite d'y être enfermé, il doit convoquer sa famille; & sur l'avis des parens, le Juge rendra son Ordonnance, pour autoriser le tuteur à faire enfermer son mineur.

C'est aussi en conséquence du pouvoir que le tuteur a sur la personne de son mineur, que le mineur ne peut rien aliéner, contracter, ni s'obliger, sans y être autorisé par son tuteur. Par cette même raison, les mineurs ne doivent point contracter mariage sans le consentement de leur tuteur. Les mariages qu'ils contracteroient sans ce consentement, seroient présumés contractés dans des vues de séduction & de rapt, & seroient, comme tels, déclarés abusifs & nuls sur l'appel de la célébration, qui en seroit interjetté.

La Loi n'a pas même laissé à la discrétion du tuteur seul l'établissement par mariage des mineurs. L'Ordonnance de Blois, *art.* 43, défend aux tuteurs de consentir au mariage de leurs mineurs, sans l'avis & consentement des plus proches parens, à peine de punition exemplaire.

§. II.

Du pouvoir ſur les biens.

Le pouvoir du tuteur ſur les biens du mineur, eſt tel que tout ce qu'il fait par rapport à leur adminiſtration, a la même efficacité, que ſi tous ces biens lui appartenoient. De-là cette maxime de Droit : *Tutor domini loco habetur.* De-là il ſuit que les débiteurs des mineurs payent valablement au tuteur, & que la quittance qu'il leur donne, opere une parfaite libération. Il peut même recevoir le prix du rachat des rentes dues au mineur, lorſqu'elles ſont rachetables ; car, quoique ce rachat contienne l'aliénation d'un immeuble, comme il ne peut être empêché ſous aucun prétexte, cet acte n'excede point l'adminiſtration confiée au tuteur ; & par conſéquent le rachat eſt valablement fait entre ſes mains. Tout ceci a lieu, quand même le tuteur ne ſeroit pas ſolvable, & même quand il ne l'auroit pas été dans le temps qu'il a reçu, pourvu qu'il ne fût pas en faillite ouverte & connue. Car le paiement eſt valablement fait à celui qui avoit caractere pour le recevoir, & le débiteur qui paye entre ſes mains, n'eſt pas obligé de ſçavoir s'il eſt ſolvable ou non.

Il n'eſt pas néceſſaire non plus, pour que le débiteur ſoit libéré dans le cas de l'inſolvabilité du tuteur, qu'il ait payé en vertu d'une Ordonnance du Juge, ainſi que l'exigeoit la conſtitution de Juſtinien, qui n'eſt point ſuivie parmi nous. Le pouvoir du tuteur ſur les biens de ſon mineur, lui donne droit d'aliéner toutes les choſes mobilières de ſon mineur, & d'en tranſmettre la propriété à ceux qui les reçoivent de lui, ſans qu'il ſoit beſoin pour cela que le conſentement de ſon mineur intervienne, le conſentement du tuteur tenant lieu à cet égard de celui du mineur, ſuivant cette maxime : *Le fait du tuteur eſt celui du mineur.* Il ne peut pourtant les aliéner qu'à titre de commerce. Par exemple, il peut bien aliéner les meubles de ſon mineur, en les vendant ; il peut aliéner les deniers de ſon mineur, par l'emploi qu'il en fait en acquiſitions de rentes ou d'héritages : mais il ne peut aliéner à titre de donation les choſes appartenantes à ſon mineur ; car le fait du tuteur n'eſt le fait du mineur, que dans les actes qui ſe font pour l'adminiſtration de ſes biens ; & la donation n'eſt point un acte d'adminiſtration.

Il faut en excepter les donations de ſommes modiques, ou de choſes modiques, que la bienſéance oblige quelquefois de faire à ceux qui ont rendu quelque ſervice au mineur.

Un tuteur peut auſſi faire toutes ſortes de contraintes en qualité de tuteur, pour l'adminiſtration de la tutelle ; & de même qu'il oblige envers ſon mineur ceux avec qui il contracte en cette qualité, de même auſſi il engage ſon mineur envers eux, ſuivant la maxime citée : *Le fait du tuteur eſt le fait du mineur.*

Cette regle a lieu, pourvu que les contrats soient exempts de fraude, & n'excedent pas les bornes d'une simple administration. *V. G.* si un mineur pouvoit prouver que celui qui a pris une ferme à bail, l'a prise à vil prix, moyennant un pot de vin que le tuteur auroit reçu, sans en faire mention dans le contrat, le mineur ne seroit point obligé d'entretenir ce bail: la fraude qu'il renferme, empêche qu'il n'oblige le mineur.

Par une autre raison, le mineur ne seroit point obligé d'entretenir un bail fait pour un temps plus long que celui prescrit par nos Coutumes, car de tels baux excedent les bornes de l'administration.

Le tuteur peut plaider, tant en demandant, qu'en défendant pour son mineur; & les Sentences de condamnation qui interviennent contre lui en cette qualité, obligent le mineur: & pareillement les Sentences qui donnent congé de ses demandes, rendent le mineur non recevable à les intenter de nouveau, & sont censées rendues contre lui.

Si le tuteur a par quelqu'acte acquiescé à la Sentence, le mineur, suivant la regle ci-dessus, est censé y avoir acquiescé lui-même; d'où il suit qu'il ne peut plus, étant devenu majeur, interjetter appel de cette Sentence, sans se faire restituer, par des Lettres de rescision contre cet acquiescement. Si le Jugement rendu contre le tuteur est en dernier ressort, le mineur devenu majeur pourra avoir recours à la Requête civile contre le Jugement, s'il n'a pas été suffisamment défendu; & il est censé ne l'avoir pas été suffisamment, lorsque le Jugement a été rendu, contre son tuteur, sans les conclusions du Ministere public. Ces conclusions ne sont nécessaires, que lorsqu'il s'agit de l'aliénation, ou de l'engagement des immeubles du mineur.

Quoique, réguliérement, la condamnation prononcée contre le tuteur, en sa qualité de tuteur, soit censée l'être contre le mineur, néanmoins, si le tuteur a soutenu un mauvais procès, sans y avoir été autorisé par la famille, il doit porter en son nom les dépens auxquels il a été condamné; & le mineur n'en doit pas être tenu.

C'est encore une suite du pouvoir du tuteur, qu'il peut accepter ou répudier pour son mineur les successions qui lui sont échues; mais le mineur est restituable contre cette acceptation ou répudiation.

Le pouvoir du tuteur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur. De-là il suit que si un tuteur avoit vendu & livré un immeuble de son mineur, il n'en auroit point transmis la propriété à l'acheteur; & le mineur, devenu majeur, pourroit dans les trente ans, depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble, sans avoir besoin pour cela de Lettres de rescision; car on n'a besoin de ces Lettres, que pour revenir contre son propre fait. Un mineur a besoin de Lettres contre le fait de son tuteur, parce que le fait de son tuteur est censé son propre fait: mais cette regle n'a lieu qu'à l'égard des choses renfermées dans le pouvoir d'un tuteur; c'est-à-dire, qui concernent l'administration du tuteur. Or cette vente faite par le tuteur, étant une chose qui excede les bornes du pouvoir du tuteur, n'est pas plus à cet égard le fait du mineur, que ne le seroit

feroit le fait d'un étranger qui se feroit avisé de vendre cet immeuble. Le mineur n'a donc pas plus besoin de Lettres, pour revendiquer cet immeuble, que s'il avoit été vendu par un étranger sans caractere ; & le tuteur lui-même, dans les choses qui excedent son pouvoir, doit être regardé sans caractere.

Notre principe, que le pouvoir du tuteur ne s'étend pas à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur, s'entend des aliénations volontaires ; car les nécessaires appartiennent à l'administration de la tutelle. C'est pour cela que nous avons dit ci-dessus que le tuteur pouvoit recevoir le rachat des rentes rachetables de son mineur, quoique, par-là, il aliene la rente due à son mineur, qui est un immeuble ; car le rachat étant forcé, & contenant une aliénation nécessaire, appartient à l'administration de la tutelle.

De-là il suit que, lorsque le mineur est propriétaire par indivis avec des majeurs, de quelque immeuble, soit à titre de succession, soit à tout autre titre quelconque, le tuteur de ce mineur ne peut pas provoquer à un partage définitif, ni à une licitation, les cohéritiers ou copropriétaires de son mineur ; car le partage ou licitation contiennent une aliénation volontaire de la part de celui qui a provoqué, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas faire. Mais le tuteur du mineur peut être provoqué par quelqu'un des majeurs cohéritiers ou copropriétaires de son mineur ; & ce partage ou licitation, faits sur la demande du majeur avec le tuteur du mineur, sera valable ; car l'aliénation que contient ce partage ou licitation, est une aliénation nécessaire de la part du tuteur qui y a été provoqué, & partant n'excede point les bornes de l'administration de la tutelle. Que si tous les cohéritiers ou les copropriétaires étoient mineurs, comme en ce cas, aucun n'auroit droit de demander un partage définitif : il ne se pourroit faire entr'eux qu'un partage provisionnel ou de jouissance.

Il suit aussi de notre principe, que les créanciers d'un mineur peuvent saisir réellement, & faire adjuger sur le tuteur les héritages du mineur ; car c'est une aliénation nécessaire.

Le tuteur menacé de cette saisie, ne peut pas, de sa seule autorité, vendre volontairement quelques héritages du mineur, pour satisfaire les créanciers, & éviter les frais énormes d'une saisie.

Mais si on ne peut sans cela éviter la saisie, & qu'on ne puisse pas acquitter les dettes des épargnes du mineur, le tuteur doit en ce cas convoquer la famille du mineur devant le Juge, de qui il obtiendra une Ordonnance qui lui permettra de vendre certains héritages du mineur, pour satisfaire ses créanciers. L'aliénation qui s'en fera en vertu de cette Ordonnance, quoique volontaire, sera valable, & tirera sa force de l'autorité du Juge, à qui la Loi donne le droit de la permettre en connoissance de cause. Cette vente pour être valable, doit se faire en Justice, au plus offrant & dernier enchérisseur. Le décret qui l'a permise, doit être rendu avec le mineur ; car il pourroit un jour appeller de l'Ordonnance du Juge, & de tout ce qui a suivi.

ARTICLE IV.

Des obligations du Tuteur.

Le tuteur, aussitôt qu'il a été nommé, doit promettre devant le Juge qui l'a nommé; qu'il s'acquittera fidellement de la tutelle. Il peut être assigné, à la requête du Ministere public, pour rendre ce serment, & y être contraint par saisies de ses biens.

Les tuteurs légitimes ne sont point obligés à ce serment. La caution fidéjussoire, *rem pupilli salvam fore*, telle que le Droit Romain l'exigeoit des tuteurs, n'est point en usage dans nos Coutumes.

Un tuteur doit commencer son administration par faire un inventaire devant Notaire de tous les effets mobiliers du mineur, de tous les titres & enseignemens de ces biens. Cet inventaire doit contenir estimation par détail de chacun des effets mobiliers; laquelle estimation se fait par un Sergent-Priseur, assisté de revendeurs ou revenderesses. Après cet inventaire, le tuteur doit faire vendre publiquement les meubles dudit mineur, à l'exception de ceux nécessaires pour l'usage dudit mineur. Faute par lui de faire cette vente, il est tenu par forme de dommages & intérêts envers son mineur, de se charger, dans le compte qu'il rendra à son mineur après la tutelle finie, de la crue ou parisis de ladite prisée, qui est le quart en sus. Par exemple, si une tenture de tapisserie, ou d'autres effets mobiliers ont été estimés 800 liv., le tuteur sera obligé d'ajouter à cette somme le quart en sus, ou la crue ou parisis, qui est de 200 liv., & de porter 1000 liv. en compte pour cet article. Cela a été introduit pour dédommager le mineur de ce que les meubles auroient pu être vendus de plus qu'ils n'ont été estimés, si le tuteur les eût vendus publiquement, comme il auroit dû faire.

Tous les meubles ne sont pas sujets à cette crue ou parisis, faute d'avoir été vendus. Il faut en excepter ceux qui ont une valeur certaine & connue, comme l'argenterie, la vaisselle d'étain, de la toile, des étoffes en pieces, le bled, l'avoine, le vin, le foin, les bestiaux & tous autres semblables.

Les meubles sujets à cette crue ou parisis, faute d'avoir été vendus, sont les meubles meublans, comme les chaises, tapisseries, tables, miroirs, bibliotheques, tableaux, estampes, linges, habits, &c.

Lorsque les mineurs sont pauvres, quelquefois, pour éviter les frais de contrôle d'un inventaire, le tuteur engage quelque créancier à faire une saisie générale de tous les meubles du mineur: cette saisie est employée par le tuteur pour inventaire. La vente qui se fait à la requête du saisissant, tient aussi lieu de celle qui auroit dû se faire à la requête du mineur par le tuteur.

Le tuteur doit faire payer ce qui est dû au mineur, & faire pour cela toutes les poursuites & diligences convenables contre les débiteurs dans

l'espace d'un temps modique. Faute de les avoir faites, il est responsable envers son mineur de l'insolvabilité des débiteurs, qui est survenue depuis; & en conséquence il doit compter à son mineur des sommes qui lui étoient dues par les débiteurs, comme s'il les avoit reçues.

Si le tuteur soutient que le débiteur étoit insolvable dès le commencement de la tutelle, ou quoique ce soit dès auparavant qu'il pût le poursuivre, c'est à lui à le justifier; & s'il le justifie, il doit être déchargé.

Le tuteur doit faire emploi des deniers de son mineur, tant de ceux qui proviennent de la vente de ses meubles, que de ceux qu'il a reçus de ses débiteurs.

C'étoit autrefois l'usage au Châtelet d'Orléans, de faire crier les deniers des mineurs devant le Juge au siége des baux & adjudications, & de les adjuger à l'enchere à celui qui en offroit l'intérêt le plus avantageux, à la charge de donner caution, de payer les intérêts par chacun an, & de rendre le capital lors de la majorité du mineur. Mais, par un Arrêt de Réglement du 7 Septembre 1726, ces baux à intérêts, qui étoient manifestement usuraires, ont été proscrits; & il a été fait défenses au Prévôt d'Orléans de donner les deniers des pupilles à intérêts, sans aliénation du principal, & à un intérêt plus fort que l'Ordonnance, & sans laisser aux débiteurs la faculté de rembourser toutes fois & quand bon leur sembleroit.

On a adjugé encore assez souvent les deniers pupillaires au Châtelet d'Orléans, en observant ces trois conditions: mais cet usage est fort désavantageux aux pupilles, parce qu'il ne se présente ordinairement, pour s'en rendre adjudicataires, que des gens mal à leur aise, qui se font adjuger ces deniers sous le nom d'un va-nud-pied, dont ils se rendent caution, & produisent pour justification de leur solvabilité, les titres de quelques immeubles qu'ils possedent, mais ne font pas connoître leurs dettes, qui souvent se trouvent égaler, ou excéder leurs immeubles.

C'est pourquoi il est plus avantageux pour les mineurs, que leur tuteur se donne lui-même le soin de chercher un emploi, soit en acquisition d'immeubles, soit en constitution de rentes sur des communautés, ou sur des Particuliers, dont la solvabilité soit connue; & lorsqu'il aura trouvé cet emploi, il peut, sur l'avis des parens convoqués à cet effet devant le Juge, se faire autoriser par une Ordonnance à le faire.

Faute par le tuteur d'avoir fait cet emploi des deniers du mineur, tant de ceux qu'il a entre ses mains, que de ceux qu'il a dû avoir, & qu'il a dû exiger, il est tenu envers son mineur des intérêts de ces deniers qui courent sur lui.

Lorsqu'un mineur a un revenu considérable, le tuteur doit mettre en réserve ce qui reste dudit revenu, après avoir pris ce qui est nécessaire pour les alimens, l'éducation & l'entretien des biens de son mineur; & lorsque cet excédent du revenu forme une somme assez considérable, il doit en faire un emploi; faute de quoi les intérêts de cette somme courent sur lui. On estime que cette somme doit être au moins de

cent pistoles, pour qu'il soit tenu d'en faire emploi; & il n'est pas tenu d'en trouver pour une somme moindre.

Le tuteur doit avoir soin d'entretenir en bon état les héritages du mineur, & doit faire à cet égard tout ce que feroit un bon pere de famille.

Si, lors de l'ouverture de la tutelle, il y a de grosses réparations à faire, ou qu'il en survienne depuis, pour lesquelles le revenu du mineur ne soit pas suffisant, le tuteur, qui n'a d'ailleurs aucuns deniers du mineur entre les mains, peut se faire autoriser par le Juge, sur un avis de parens, à prendre de l'argent à constitution, au nom du mineur, pour les faire. A l'égard des réparations de simple entretien, elles doivent se prendre sur les revenus.

Le tuteur doit plutôt affermer les héritages du mineur, que de les exploiter par lui-même : le compte de l'exploitation qu'il feroit par lui-même, seroit d'une trop longue discussion. Réguliérement les baux doivent s'en faire en Justice, après des proclamations au plus offrant & dernier enchérisseur. Néanmoins, comme ces baux entraînent des frais assez considérables, on approuve ceux faits par le tuteur de sa seule autorité, lorsqu'ils ne sont point suspects, c'est-à-dire, faits sur le même pied, ou à une meilleure condition que les anciens.

Enfin, le tuteur doit faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation des droits & intérêts de son mineur, à peine d'en répondre; comme d'interrompre les prescriptions pour la conservation des hypotheques & autres droits de son mineur.

Il doit aussi former en Justice les demandes qu'il est de l'intérêt de son mineur de former, & défendre à celles qu'on donne mal à propos contre lui : mais il doit s'instruire au préalable du droit du mineur, en prenant des Consultations d'Avocats; & pour plus grande précaution, il peut encore se faire autoriser par un avis de parens, convoqués à cet effet devant le Juge, à soutenir le procès. Il doit surtout avoir recours à cet avis de parens, pour appeller, lorsqu'il a succombé en premiere instance.

Les obligations du tuteur n'ont pas seulement pour objet l'administration des biens du mineur. Le tuteur est obligé de pourvoir à tout ce qui est nécessaire pour les alimens du mineur, & pour lui donner une éducation convenable à sa naissance, à ses facultés & à ses dispositions naturelles. Le tuteur ne peut employer pour cela que les revenus, quelque modiques qu'ils soient : il ne peut aliéner les fonds.

Il est d'usage, à l'égard des mineurs de la campagne, dont le revenu n'est pas suffisant pour les alimens, que le tuteur les loue, pour un certain temps à quelques personnes qui s'obligent de leur donner tous les alimens nécessaires, tant en santé qu'en maladie, pendant le temps convenu, pour le revenu de leur bien, & de leur fournir des habillemens de la qualité convenue; à la charge que ces mineurs rendront, pendant ledit temps, tous les services dont ils seront capables. Par ce marché, celui qui se charge du mineur, se trouve dédommagé des alimens qu'il lui fournit pendant qu'il n'est pas encore en état de lui rendre service, par

ceux qu'il lui rend, lorsqu'il est devenu en âge, & en état de lui en rendre.

Quoique le tuteur ne puisse entamer les fonds du mineur pour ses alimens & son éducation, il peut néanmoins le faire pour former son établissement. Ainsi, dans les familles d'artisans, un tuteur peut être autorisé par le Juge, sur un avis de parens, à prendre sur les fonds du mineur de quoi lui faire apprendre un métier, ou le faire recevoir Maître.

Dans une famille noble, ou de gens vivans noblement, le tuteur peut, lorsque les revenus du mineur ne sont pas suffisans, être autorisé à prendre sur les fonds de quoi le mettre en équipage, & lui obtenir un emploi militaire. Les frais de degrés, & principalement de Doctorat, peuvent aussi être considérés comme servant à l'établissement d'un mineur.

Lorsque les revenus d'un mineur sont plus considérables, le tuteur fait assez ordinairement régler par le Juge, sur l'avis de sa famille, la somme qu'il pourra employer par an pour les alimens & l'éducation du mineur. Cette somme se regle différemment, à mesure que le mineur avance en âge. Quoique le tuteur n'ait pas pris cette précaution, on ne laisse pas de lui allouer les sommes qu'il a employées, lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes.

Il est surtout du devoir d'un tuteur, lorsque le mineur est en âge, de lui conseiller de prendre un état, celui qui lui conviendra davantage, eu égard à sa naissance, à ses facultés, & plus encore à ses talens & à ses dispositions. Le tuteur doit sur cela consulter la famille du mineur : il lui est surtout enjoint de la consulter, lorsqu'il s'agit de marier ce mineur, comme nous l'avons déjà vu. Telles sont les obligations du tuteur durant la tutelle. Après la tutelle finie, il est obligé de rendre compte : nous en parlerons dans le dernier article.

ARTICLE V.

Des Manieres par lesquelles finit la Tutelle.

Il est évident que la tutelle finit par la mort naturelle ou civile, soit du tuteur, soit du mineur.

Elle finit aussi, lorsque le tuteur, pour quelque juste cause, en a été destitué. *V. G.* si le tuteur avoit fait faillite, s'il étoit de mauvaises mœurs, ou s'il étoit à craindre qu'il ne dissipât les biens de son mineur, il pourroit, sur la poursuite de quelques proches parens, être, en connoissance de cause, destitué de la tutelle par le Juge.

La tutelle finit aussi par la majorité du mineur, lorsqu'il a accompli l'âge de vingt-cinq ans. Elle finit même avant cet âge par le mariage du mineur légitimement contracté ; car le mariage émancipant de plein droit les mineurs, & les faisant sortir de la puissance des tuteurs, fait finir la tutelle.

Enfin, la tutelle finit par une autre espece d'émancipation, qui s'obtient par Lettres du Prince : le Prince, par ces Lettres, accorde au mineur le pouvoir de se gouverner lui-même, & d'administrer lui-même ses biens, au cas qu'il en soit trouvé capable. Suivant la constitution de Constantin, ce Prince n'accordoit ce bénéfice, qui s'appelloit *venia ætatis*, qu'aux garçons qui avoient vingt ans accomplis, & aux filles qui en avoient dix-huit accomplis. Parmi nous, l'âge auquel les mineurs puberes peuvent jouir de ce bénéfice, n'est point défini ; & cela est laissé à la prudence du Juge.

Ces Lettres se prennent en la Chancellerie du Palais, & sont adressées au Juge du domicile du mineur qui les a obtenues. Ce mineur doit faire assigner devant le Juge son tuteur & ses proches parens ; & sur les témoignages que rend la famille, le Juge, ou entérine ces Lettres, si le mineur est jugé capable de gouverner & administrer son bien ; ou il l'en déboute, s'il l'en juge incapable.

Le mineur, dont les Lettres ont été entérinées, acquiert le droit de disposer de ses biens meubles, & d'administrer ses immeubles. La Sentence d'entérinement, sur l'avis des parens, met ordinairement des modifications à ce droit de disposer des biens meubles : elle ordonne en ce cas que le mobilier provenant d'une telle succession, ainsi que celui des successions qui pourroient lui écheoir par la suite, sera remis entre les mains du curateur du mineur, pour être par ledit curateur employé en acquisition d'héritages ou rentes. En ce cas, l'émancipation par Lettres a moins d'étendue que celle par mariage : l'une & l'autre ont cela de commun, que le mineur ne peut aliéner ses immeubles, & n'a que le droit de les administrer. Le mineur émancipé ne peut non plus ester en Jugement sans l'assistance d'un curateur, qui lui est à cet effet créé, & qu'on appelle curateur aux causes.

ARTICLE VI.

Du Compte de Tutelle.

La tutelle finie, le tuteur doit rendre compte à son mineur de son administration.

Toute transaction, tout contrat passé entre le tuteur & le mineur devenu majeur, avant que ce compte ait été rendu, n'obligent point le mineur qui peut, quand bon lui semble, s'en faire relever, & les faire déclarer nuls, quoiqu'il ait passé ces actes en majorité ; car, en cette matiere, le mineur devenu majeur est toujours réputé mineur vis-à-vis de son tuteur, jusqu'à ce qu'il ait rendu compte.

Le tuteur peut être assigné devant le Juge qui l'a nommé, pour rendre compte. Si, après y avoir été condamné, il ne le rend pas, il peut y être contraint par la saisie de ses biens, & même par emprisonnement.

Ce compte, que le tuteur est obligé de rendre, doit être composé de trois chapitres; de la recette, de la mise & de la reprise.

Il doit se charger en recette; 1°. du prix de la vente des meubles du mineur, s'ils ont été vendus, sinon du montant de la prisée de l'inventaire, à laquelle il doit ajouter la crue ou parisis, à l'égard des meubles qui y sont sujets.

2°. Il doit se charger en recette de tout ce qu'il a reçu, ou dû recevoir des débiteurs du mineur, encore qu'il ne l'ait pas reçu.

3°. Il doit se charger des revenus du mineur.

4°. Suivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris de 1698, lorsque le tuteur se trouve avoir eu entre les mains des deniers oisifs, provenans, soit des fonds, soit des revenus de son mineur, lesquels montent en recette à une somme de 1500 liv., & qu'il n'a pas fait emploi de cette somme, il doit se charger en recette des intérêts que cette somme a pu produire, à compter depuis les six mois qui lui sont accordés pour faire emploi. Ces intérêts s'accumulent avec le capital, & produisent eux-mêmes des intérêts; lesquels intérêts des intérêts, en produisent aussi eux-mêmes, toujours par accumulation, jusqu'au temps de la majorité, ou, en cas d'émancipation, jusqu'au temps du compte clos & rendu.

Si le tuteur, faute d'entretien, & par sa faute, a laissé dégrader les biens de son mineur, il doit ajouter à sa recette le montant des dommages & intérêts qui en resultent.

Le chapitre de mise est composé de tout ce que le tuteur a dépensé pour son mineur, & qu'il a payé pour l'acquittement de ses dettes; le prix des acquisitions qu'il a faites pour lui; ce qu'il a payé pour l'entretien de ses biens, pour les frais des procès qu'il a soutenus; pour les pensions du mineur, pour les appointemens des Maîtres préposés à son éducation, & généralement pour toutes les autres nécessités du mineur.

Si le tuteur a fait des voyages pour les affaires du mineur, les frais de ces voyages doivent lui être alloués, & estimés suivant sa qualité: mais on n'alloue point au tuteur aucun salaire pour la récompense des soins qu'il a pris dans l'administration de la tutelle. C'est une charge de famille, un office de parent, qui doit être rendu gratuitement. Il faut en excepter les tuteurs onéraires, dont il a été parlé ci-dessus.

Pour que les dépenses faites par le tuteur lui soient allouées, il suffit qu'il les ait d'abord faites utilement, quoique, par l'évenement, cette utilité n'ait pas duré; car personne ne peut répondre des évenemens. C'est pourquoi, si un tuteur a fait de grosses dépenses pour des réparations à faire aux bâtimens d'une métairie de son mineur, quoique par la suite ces bâtimens aient été incendiés par le feu du Ciel, la dépense ne laissera pas de lui être allouée.

Les mises des tuteurs doivent être justifiées par des quittances, des devis & marchés, & autres pieces. Il faut excepter certains articles de mises, que le tuteur ne peut justifier par quittances, parce que les personnes à qui il a payé ne sçavoient pas écrire, & que la modicité de la somme ne méritoit pas les frais d'une quittance devant Notaires. Le tuteur

doit être cru à son serment sur ces sortes de mises, lorsqu'elles sont vraisemblables. La Coutume d'Orléans, *art.* 199, en a une disposition pour les articles qui ne passent pas 10 sols. Cette restriction à la somme de 10 sols, n'est pas suivie; & on laisse à l'arbitrage du Juge la quantité de la somme jusqu'à laquelle le tuteur doit être cru sur son serment.

Le troisieme chapitre du compte, qui se nomme chapitre de reprises, est composé des sommes, dont le tuteur s'est chargé en recette, comme dues à son mineur, & qu'il n'a pas néanmoins reçues, lorsqu'il n'y a pas de sa faute, soit parce qu'il a fait les diligences convenables contre les débiteurs, soit parce que l'insolvabilité arrivée des débiteurs, le dispensoit d'en faire.

Il doit, pour établir ce chapitre de reprise, justifier par pieces, soit de ses diligences, soit de l'insolvabilité des débiteurs par lui alléguées. Le compte se rend, soit à l'amiable, soit par un acte sous seing-privé, soit par un acte devant Notaire, soit devant le Juge. Le Juge, devant qui le compte doit être rendu en Justice, est celui qui a nommé le tuteur, comme on l'a dit.

Lorsque le tuteur est un tuteur légitime, le Juge, devant qui le compte doit être rendu, est le Juge de celui qui est assigné, soit pour le rendre, soit pour l'entendre.

Le compte, de quelque nature qu'il soit rendu, est rendu aux frais du mineur devenu majeur ou émancipé, à qui il est rendu. C'est pourquoi le tuteur, au montant des deux chapitres de mises & reprises, peut ajouter les frais du compte.

L'Ordonnance de 1667, *tit.* 29, *art.* 18, regle quels sont les frais qui doivent être alloués au rendant compte pour la dépense du compte. Il ne peut y comprendre le coût du jugement qui l'y a condamné, à moins qu'il n'eût consenti à le rendre avant la condamnation.

Le montant, tant des deux chapitres de mises & de reprises, que des frais, doit se déduire du chapitre de recette; & cette déduction faite, ce qui reste est le reliquat du compte. Lorsque le compte est rendu en Justice, il doit être présenté & affirmé par le tuteur, ou une personne fondée de sa procuration spéciale.

Ce compte ayant été communiqué avec les pieces justificatives au mineur devenu majeur ou émancipé, le mineur, s'il ne juge pas à propos de le passer, doit proposer ses débats, contre lesquels le tuteur opposera des soutenemens. Cela formera procès, sur lequel le Juge statue & condamne aux dépens celui qui a tort.

Ce procès ne suspend point l'exigibilité de la somme, dont le tuteur s'est reconnu reliquataire par son compte; le mineur peut, durant le procès, le contraindre au paiement.

La somme qui forme le reliquat d'un compte de tutelle, produit de plein droit des intérêts jusqu'au paiement; mais il n'y a pas lieu aux intérêts d'intérêts, comme durant la tutelle.

Le mineur devenu majeur ou émancipé, a hypotheque pour le paiement de ce reliquat, sur tous les biens de son tuteur, du jour de l'acte de

nomination

nomination du tuteur, si c'est un tuteur datif; ou du jour qu'il a commencé à l'être, s'il est légitime.

Il y a aussi la contrainte par corps après les quatre mois, lorsqu'il y a un Jugement rendu contre le tuteur, & que la somme est liquide.

Lorsque, par le compte de tutelle, c'est le mineur qui est reliquataire envers son tuteur, la créance du tuteur contre son mineur, qui concerne ce reliquat, n'est qu'une créance ordinaire, qui ne produit d'intérêts, que du jour de la demande judiciaire qu'en forme le tuteur, & qui ne produit hypotheque, que du jour de la clôture du compte, lorsqu'il est arrêté pardevant Notaire, ou du jour de la Sentence de condamnation.

SECTION V.

De la Curatelle.

ARTICLE PREMIER.

Des Curateurs aux Sourds, Muets, Fols, Prodigues, & autres semblables Personnes.

Lorsqu'une Personne majeure, ou émancipée, perd l'usage de la raison; ou lorsquelle se porte à des excès de prodigalité qui donnent lieu de craindre qu'elle ne dissipe bientôt tout son bien, le Juge, sur la poursuite de quelqu'un de ses plus proches parens, après avoir constaté sa folie ou prodigalité par enquête, & pris l'avis de la famille, lui interdit l'administration de ses biens, & lui nomme un curateur.

On nomme aussi un curateur à ceux que quelque défaut corporel empêche d'administrer leurs biens: tels sont les sourds & muets de naissance.

Il n'y a que les Personnes majeures ou émancipées, qui soient sujettes à cette interdiction, & à qui on donne ces sortes de curateurs; car les mineurs qui sont sous la puissance paternelle, ou sous celle d'un tuteur, étant gouvernés par leurs pere & mere, ou par leur tuteur, n'ont pas besoin qu'on leur nomme une autre personne pour les gouverner: n'ayant point l'administration de leurs biens, il est inutile qu'on la leur interdise.

Les curatelles de ces sortes de Personnes sont datives dans tout le Pays coutumier, même dans les Coutumes qui, comme celle d'Orléans, admettent une tutelle légitime. Elles ne décident rien de semblable à l'égard des curatelles. Il n'y a que les Personnes capables de tutelle dative, qui soient capables de curatelle. Les mêmes excuses ont lieu pour l'une & pour l'autre.

L'interdit pour cause de démence ne pouvant se gouverner, non plus que ses biens, le pouvoir & les obligations de son curateur s'étendent à sa Personne, aussi bien qu'à ses biens. Ce curateur peut le retenir auprès

de lui, ou le mettre en pension dans telle maison honnête qu'il jugera à propos. Que si la démence va jusqu'à la fureur, & ne permet pas qu'il soit laissé en liberté, il peut, & même il doit se pourvoir devant le Juge qui, sur l'avis de la famille, après qu'il aura été informé de la fureur, ordonnera qu'il sera enfermé dans une maison de force.

L'interdit pour cause de prodigalité, n'étant interdit qu'à cause de la mauvaise administration qu'il faisoit de ses biens, peut se gouverner lui-même; d'où il suit que le pouvoir & les obligations de son curateur se bornent à l'administration de ses biens, & ne s'étendent point à sa Personne.

Le pouvoir & les obligations des curateurs aux interdits, par rapport à leurs biens, sont à peu près les mêmes que celles des tuteurs. Ils doivent, après que la curatelle est finie, rendre compte de leur administration; & tout ce que nous avons dit à cet égard touchant les tuteurs, reçoit application à l'égard des curateurs.

Cette curatelle finit par les mêmes manieres, par lesquelles finit la tutelle, sauf qu'au lieu que la tutelle finit par la majorité & l'émancipation du mineur, cette curatelle finit, lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction.

L'interdit est relevé par le Juge de son interdiction, lorsqu'il a recouvré l'usage de la raison, s'il a été interdit pour démence; ou lorsqu'il a donné des preuves de sa bonne conduite, s'il a été interdit pour prodigalité.

Il doit, pour se faire relever, donner sa Requête au Juge, qui doit s'assurer par l'interrogatoire de l'interdit, & par une enquête, si l'interdit pour démence a recouvré la raison; ou si l'interdit pour prodigalité a donné des preuves d'une meilleure conduite; & après avoir pris l'avis de sa famille, il le releve de son interdiction.

ARTICLE II.

Des Curateurs des Mineurs.

On donne aux mineurs émancipés un curateur, qu'on appelle curateur aux causes; car les mineurs, quoiqu'émancipés, ne peuvent ester en Jugement sans l'assistance d'un curateur. La fonction de ce curateur consiste donc à les assister, & autoriser dans les demandes qu'ils ont à former en Justice contre quelqu'un, & dans celles qu'on a formées contre eux.

Comme les mineurs, quoiqu'émancipés, ne peuvent aliéner leurs immeubles, il est d'usage de préposer aussi le curateur, par l'acte de curatelle, pour assister le mineur émancipé dans tous les actes où il s'agiroit de quelque aliénation nécessaire de ses immeubles, tels que sont les actes de remboursement de ses rentes, les partages, licitations, &c. pour en recevoir les fonds, & en faire l'emploi.

On donne aussi aux mineurs des curateurs, qu'on appelle curateurs aux actions contraires. Cela a lieu toutes les fois qu'un tuteur a des actions à diriger contre le mineur, ou qu'il y a quelque partage, ou autres actes à faire entr'eux. Comme personne ne peut autoriser son mineur, ni stipuler pour lui dans les actes où il est lui-même partie contre lui, il est donc nécessaire que le mineur ait pour ces actes une personne qui l'autorise & le représente. C'est le curateur aux actions contraires qui est préposé pour cela. Ces curateurs ne sont quelquefois créés que dans une action; ce qui arrive, lorsqu'on ne prévoit pas qu'il arrive durant la tutelle d'autres occasions où le mineur ait besoin de curateur aux actions contraires.

Le cas le plus fréquent est lorsque le survivant de deux conjoints, tuteur de leurs enfans, veut empêcher la communauté entre lui & ses enfans, ou la dissoudre. Comme il faut pour cela qu'il fasse un inventaire entre lui & ses enfans, il leur fait nommer par le Juge un curateur ou aucteur pour le fait de cet inventaire. Si le survivant ne se contente pas de dissoudre la communauté, mais qu'il veuille la liquider, & partager avec ses enfans, il doit faire nommer un curateur, non-seulement pour le fait de l'inventaire, mais aussi pour le fait de la liquidation & partage; car les curateurs *ad unum actum*, n'ont de caractere que pour les actes, pour lesquels ils sont nommés.

ARTICLE III.

Des Curateurs aux ventres.

L'enfant, dont on espere la naissance, n'étant pas encore né, il ne peut avoir de tuteur; car ils sont donnés principalement pour gouverner la Personne du mineur; d'où il suit qu'il ne peut y avoir de tuteur, lorsqu'il n'y a point encore de Personne de mineur qui existe. Néanmoins, comme l'enfant, dont on espere la naissance, est déjà réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, & qu'il est de l'intérêt du posthume, s'il vient à naître, que les biens qui doivent lui appartenir, lorsqu'il naîtra, soient en attendant administrés, il doit être réputé né, non pas à l'effet qu'on lui nomme un tuteur, puisqu'il n'existe pas encore de Personne qui puisse être gouvernée, mais à l'effet qu'on lui nomme un curateur pour l'administration des biens qui doivent lui appartenir un jour. Ce curateur, qu'on appelle en Droit curateur au ventre, se nomme ainsi, parce que les Jurisconsultes Romains, *in doctrinâ Stoïcorum*, regardoient l'enfant qui étoit dans le sein de sa mere, comme *pars viscerum matris*.

Le curateur au ventre ou au posthume, pour l'administration générale des biens qui doivent lui appartenir, lorsqu'il sera né, doit rendre compte au tuteur de ce posthume né, ou à ceux à qui les biens appartiendront, s'il arrive qu'il ne naisse pas.

On nomme auſſi quelquefois des curateurs aux ventres, *ad unum actum*; comme pour intenter une action de retrait lignager : mais, comme l'évenement de cette action dépend de la naiſſance du poſthume, on attend qu'il ſoit né, pour y ſtatuer définitivement; & lorſqu'il eſt né, l'inſtance eſt repriſe par le tuteur.

Il y a encore d'autres eſpeces de curateurs, tels que le curateur à une ſucceſſion vacante, le curateur créé à l'héritage délaiſſé en Juſtice, dont nous ne parlerons point ici, y traitant ſeulement des curateurs donnés aux Perſonnes.

TITRE VII.

Des Communautés.

Les corps & communautés établis ſuivant les Loix du Royaume, ſont conſidérés dans l'Etat, comme tenant lieu de Perſonnes : *Veluti perſonam ſuſtinent;* car ces corps peuvent, à l'inſtar des Perſonnes, aliéner, acquérir, poſſéder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux.

Ces corps ſont des êtres intellectuels, différens & diſtincts de toutes les Perſonnes qui les compoſent : *Univerſitas diſtat à ſingulis.* C'eſt pourquoi les choſes qui appartiennent à un corps, n'appartiennent aucunement pour aucune part à chacun des particuliers, dont le corps eſt compoſé; & en cela, la choſe appartenante à un corps, *res univerſitatis*, eſt très-différente d'une choſe qui ſeroit commune entre pluſieurs particuliers, pour la part que chacun a en la communauté qui eſt entr'eux. Par la même raiſon, ce qui eſt dû à un corps, n'eſt dû aucunement à aucun des particuliers, dont le corps eſt compoſé : *Si quid univerſitati debetur, ſingulis non debetur.* Le créancier de ce corps ne peut donc point exiger de chacun des particuliers de ce corps ce qui lui eſt dû par le corps. Il ne peut faire condamner au paiement que le corps; il ne peut faire commandement qu'au corps, en la Perſonne de ſon Syndic ou Procureur; & il ne peut ſaiſir que les effets qui appartiennent au corps.

Cela a lieu, lorſqu'il n'y a que le corps qui contracte ſeul la dette. Par exemple, lorſqu'une Ville, par le miniſtere de ſes Maire & Echevins, fait un emprunt; lorſqu'un Hôpital, par le miniſtere de ſes Adminiſtrateurs contracte quelque engagement.

Mais, comme il y a des corps qui n'ont pas de biens, comme ſont les compagnies d'offices de judicature ou de finance, comme ſont les corps de métier, &c. lorſque ces corps font des emprunts, les créanciers ne ſe contentent pas de l'obligation du corps; ils font intervenir au contrat tous les membres, pour qu'ils déclarent qu'ils s'obligent tous,

tant en corps, que chacun d'eux en particulier; & au moyen de cette obligation de chacun des membres, chacun d'eux peut être contraint au paiement, ou pour sa portion virile, ou solidairement, lorsque la solidité a été expressément stipulée.

Les membres d'un corps, qui s'obligent chacun en leur particulier avec le corps, ou s'obligent seulement en tant que membres du corps; & dès-là même, cette obligation ne passe point à leurs héritiers; ou bien ils s'obligent en leur propre & privé nom; & en ce cas, ils demeurent toujours obligés, quand même ils cesseroient d'être du corps; & ils transmettent à toujours leurs obligations à leurs héritiers.

De ce qu'un corps est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut pas faire par lui-même tout ce que nous avons dit que les corps étoient capables de faire, comme de contracter, plaider, &c. Il est d'abord de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs Procureurs, par l'organe desquels ils puissent faire ces choses. *Proprium est universitatis habere Procuratorem seu Syndicum.* Le Procureur des corps & communautés est ordinairement le Syndic : il est élu par les membres du corps assemblé, à la pluralité des suffrages. Ses pouvoirs sont plus ou moins étendus, suivant que le corps assemblé a jugé à propos de les étendre, ou limiter par l'acte par lequel il a été préposé pour Syndic. Le Syndic, en contractant, oblige le corps dans les choses qui n'excedent point les bornes de l'administration qui lui a été confiée. Le fait de ce Syndic est censé le fait du corps: c'est à ce Syndic, ou à son domicile, que sont données les assignations sur les demandes que quelqu'un a à former contre le corps.

Outre les Syndics, les corps ont ordinairement un Receveur qui est préposé pour recevoir des débiteurs ce qui est dû au corps. Les paiemens qui lui sont faits, sont censés faits au corps, & il libere les débiteurs par les quittances qu'il leur donne. Lorsque le corps n'a point de Receveur, c'est le Syndic qui en fait les fonctions.

Il est encore de la nature des corps & communautés, que chaque corps ou communauté puisse se faire des Statuts pour sa police & sa discipline, auxquels tous les membres sont tenus d'obéir, pourvu que ces Statuts ne contiennent rien de contraire aux Loix, à la liberté publique, & à l'intérêt d'autrui. *His potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dùm nequid ex publicâ lege corrumpant. L.* 4, ff. *de Col. leg. & corp.* Mais, comme c'est aux Magistrats à examiner s'il ne s'est rien glissé dans les Statuts qu'un corps s'est prescrits, qui soit contraire aux Loix & à la liberté publique, les corps doivent présenter leurs Statuts, ou aux Jurisdictions Royales auxquelles ils sont soumis immédiatement, ou au Parlement. Ils y sont homologués, s'il ne s'y trouve rien qui puisse empêcher l'homologation.

Si quelqu'autre corps, ou quelque particulier se trouvoit lésé par ces Statuts, il pourroit appeler de l'homologation, si le Juge qui a homologué, est un Juge inférieur, ou former son opposition à l'homologation, s'il aime mieux prendre cette voie; ou si les Statuts ont été homologués dans une Cour Souveraine, il formera opposition; & sur cet appel ou opposition, il assignera le corps ou communauté.

Enfin, il est de la nature des corps, qu'ils aient une espece de Jurisdiction correctionnelle sur les membres, dans ce qui concerne la police & l'administration du corps, & sa discipline.

ARTICLE PREMIER.

En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les Particuliers?

Nous avons établi au commencement de ce Titre que les Communautés pouvoient, à l'instar des particuliers, acquérir & aliéner; mais leur droit, en cela, n'est pas si étendu que celui des particuliers.

1°. En ce qui concerne le droit d'acquérir, ils ne peuvent acquérir à tous les titres auxquels peuvent acquérir les particuliers. Les contrats à fonds perdu, lorsqu'ils sont à titre de commerce, leur sont interdits par les Déclarations du Roi, à peine de confiscation des choses qu'ils auroient acquises à ce titre. Suivant ces Déclarations, les communautés ne peuvent recevoir de deniers pour une rente viagere plus forte que le denier vingt, réglé par l'Ordonnance; ou acquérir des héritages pour une rente viagere qui excede le revenu desdits héritages; car, lorsque la rente excede le revenu de l'héritage, ou l'intérêt de la somme de deniers, reçue par la communauté, cette rente viagere est le prix du fonds de la chose acquise par la communauté; & par conséquent le titre d'acquisition est un contrat à fonds perdu, à titre de commerce, que la Loi défend aux communautés.

Que si la rente viagere n'excede pas l'intérêt, au fur de l'Ordonnance, de la somme reçue par la communauté, ou n'excede pas le revenu des héritages acquis par la communauté, ce contrat est excepté en termes formels de la prohibition de cette Loi: car, en ce cas, la rente ne peut être regardée comme le prix de la chose, mais plutôt comme le prix de la jouissance de la chose. Ce n'est donc pas un titre de commerce, mais plutôt une donation faite à la communauté, sous la réserve que le donateur fait de l'usufruit dont la rente viagere, qui n'excede pas la valeur de l'usufruit, lui tient lieu. Or il n'est pas interdit aux communautés de recevoir des donations: il n'y a que les contrats à fonds perdu, qui sont à titre de commerce, qui leur sont interdits.

Les communautés n'ont pas non plus le droit d'acquérir toutes les choses que les particuliers ont droit d'acquérir. Dès avant l'Edit de 1749, les communautés n'étoient pas à la vérité incapables d'acquérir des héritages; mais si elles pouvoient les acquérir, elles n'étoient pas en droit de les retenir toujours. Elles pouvoient être obligées de vider leurs mains de ces héritages, soit par les Seigneurs, de qui les héritages acquis par elles relevoient; soit par le Procureur du Roi, à moins qu'elles n'eussent obtenu du Roi des Lettres d'amortissement, qui les rendissent capables de posséder & retenir ces héritages, en indemnisant les Seigneurs.

Le droit du Procureur du Roi, d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis, est fondé sur l'intérêt public; car les communautés ne meurent point, & n'aliénent presque jamais les héritages par elles acquis. Les aliénations même leur sont défendues, ainsi que nous le verrons ci-après. Les héritages qui sont entre leurs mains, sont hors du commerce; & par conséquent le commerce en est d'autant diminué.

Le droit qu'ont pareillement les Seigneurs d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis, est fondé sur l'intérêt particulier de ces Seigneurs. L'émolument de la Seigneurie directe qu'ils ont sur les héritages, consiste dans les profits auxquels donnent ouverture les mutations qui arrivent, soit par la mort des propriétaires, soit par les aliénations. Ces Seigneurs se trouveroient privés en entier de l'émolument de leurs Seigneuries directes, si les communautés, qui ne meurent point, & qui n'alienent point, pouvoient retenir les héritages. De-là est né le droit qu'ont les Seigneurs de les obliger à vider leurs mains. La Coutume d'Orléans en a une disposition, *art.* 40 & 41, où elle veut que les communautés soient tenues d'en vider leurs mains dans l'année du jour de la sommation qui leur en sera faite par le Seigneur d'où ils relevent; faute de quoi, ledit temps passé, elle permet au Seigneur de fief, & même de censive, de saisir lesdits héritages, & percevoir à son profit tous les fruits en pure perte pour les communautés, jusqu'à ce qu'elles aient vidé leurs mains.

Il y a trois fins de non-recevoir, qui peuvent être opposées contre cette sommation des Seigneurs.

La premiere est celle des Lettres d'amortissement, que la communauté obtient du Roi, qui lui donnent le droit de retenir & posséder l'héritage par elle acquis : mais comme le Roi n'accorde point de grace au préjudice d'autrui, la communauté doit en ce cas indemnité au Seigneur, qui est ordinairement réglée au tiers du prix pour les mouvances en fief, & au 5e. pour les mouvances censuelles. Cette somme n'indemnise le Seigneur que des profits qu'il pourroit recevoir par les aliénations de l'héritage, s'il restoit dans le commerce. C'est pourquoi, outre cette indemnité, la communauté doit nommer pour son Vicaire au Seigneur une personne, par la mort de laquelle il soit dû au Seigneur le même profit qui seroit dû par les mutations qui arriveroient par la mort du propriétaire, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

Dans les censives, où il n'est point dû de profit par la mort du propriétaire, le Seigneur ne peut prétendre de profits par la mort du Vicaire, lorsqu'il a reçu une indemnité, ou que, par le laps de temps, il est présumé l'avoir reçue. Néanmoins, si le Seigneur de censive étoit en possession de recevoir des profits par la mort des Vicaires, il pourroit y être maintenu; parce que, de cette possession, il résulteroit une présomption qu'il y a eu convention entre ses auteurs & la communauté, qu'il seroit payé un profit par les mutations des Vicaires, pour tenir lieu d'indemnité au Seigneur, & qu'il n'en auroit point reçu d'autres.

Observez que le Seigneur reçoit cette indemnité, pour être indemnisé seulement du préjudice qu'il souffre de cette permission; mais il n'aliene par-là aucun droit de sa mouvance. C'est pourquoi si, par quelque cas extraordinaire, la communauté aliénoit l'héritage pour lequel elle a payé une indemnité, cela n'empêcheroit pas le Seigneur d'exercer tous ses droits sur cet héritage rentré dans le commerce.

Quid, si la communauté, qui a payé l'indemnité, aliénoit à une autre communauté; le Seigneur pourroit-il contraindre cette communauté à vider ses mains de cet héritage, ou lui demander une nouvelle indemnité? La raison de douter est que, lorsque le Seigneur a reçu la premiere indemnité, il a compté que la communauté de qui il la recevoit n'aliéneroit jamais l'héritage. Il a reçu l'indemnité de tous les profits auxquels il pourroit y avoir ouverture à toujours; d'où il semble suivre qu'il ne peut prétendre une autre indemnité, & qu'il ne souffre aucun préjudice de ce que l'héritage passe à une autre communauté. La raison de décider au contraire, se tire de ce que nous avons dit déjà, que l'indemnité n'est que le prix de la permission accordée à la communauté de posséder l'héritage. Le droit que la communauté a acquis, lui est personnel, & ne peut passer à l'autre communauté, qu'en recevant l'indemnité. Le Seigneur n'a aliéné, comme nous l'avons dit, aucun droit de sa mouvance, & ne peut être empêché d'exercer tous ses droits envers cette autre communauté.

La seconde fin de non-recevoir, qui peut être opposée contre les Seigneurs, est celle qui résulteroit du consentement qu'il auroit donné à l'acquisition faite par la communauté. Ce consentement peut résulter de plusieurs causes; il peut s'induire de ce que le Seigneur auroit accepté une reconnoissance du Vicaire à lui offerte par la communauté. Au reste, ce consentement donné par le Seigneur à la communauté, le rend bien non-recevable à contraindre la communauté de vider ses mains; mais il ne lui ôte pas le droit d'exiger l'indemnité; à laquelle il n'est point censé avoir renoncé par ce consentement.

La troisieme fin de non-recevoir, est celle qui résulte du laps de temps, pendant lequel la communauté a joui de ces héritages, sans y être troublée par les Seigneurs. Le temps qui opere cette fin de non-recevoir dans les Coutumes qui n'ont sur cela aucunes dispositions, est le temps de trente ans, qui est le temps ordinaire des prescriptions; ou celui de quarante ans, si le Seigneur est du nombre de ceux contre qui on ne prescrit que par ce temps. La Coutume d'Orléans a fixé le temps de cette prescription à soixante ans. Cette fin de non-recevoir, qui résulte du laps de temps, a plus d'effet que les deux précédentes, en ce qu'elle ôte aux Seigneurs, non-seulement le droit de contraindre les communautés à vider leurs mains, mais même celui de leur demander l'indemnité qui est présumée payée. Le Seigneur ne peut en ce cas demander qu'un Vicaire, par la mutation duquel il soit dû le même profit qui seroit dû par la mort des propriétaires, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

L'Edit

L'Edit du Roi de 1749, a encore beaucoup diminué le droit qu'avoient les communautés d'acquérir.

Auparavant, elles n'étoient point absolument incapables d'acquérir des héritages; elles acquéroient valablement, sauf à pouvoir être, comme nous l'avons vu, contraintes à vider leurs mains, dans un certain temps, de ce qu'elles avoient acquis. C'étoit plutôt la faculté de retenir qui leur manquoit, que la faculté d'acquérir.

L'Edit de 1749, a rendu les communautés absolument incapables d'acquérir aucuns héritages, comme fonds de terre, maisons, rentes foncieres, droits seigneuriaux & autres droits réels. Il leur est même pareillement défendu d'acquérir des rentes constituées sur les particuliers : même dans les Coutumes où elles sont réputées meubles; elles peuvent seulement acquérir des choses mobilières, & des rentes sur le Roi & les Communautés, comme sur le Clergé, sur les Etats de Provinces, sur les Villes, & sur quelques autres Communautés que ce soit.

Les choses qu'il est défendu par cette Loi d'acquérir, ne peuvent être par elles acquises à quelque titre que ce soit, soit à titre gratuit, soit à titre de commerce : il ne leur est pas même permis de les acquérir en paiement de ce qui leur seroit dû. Il est défendu à tous les Notaires de passer ces actes, à peine de nullité, d'interdiction & d'amende contre le Notaire. Il est aussi défendu à toutes personnes de prêter leur nom aux communautés pour lesdites acquisitions, à peine de 3000 livres d'amende.

Les legs faits aux communautés des choses qu'il ne leur est pas permis d'acquérir, sont entiérement nuls : il ne leur en est pas même dû l'estimation; ce qui est fondé, 1°. sur le Principe de Droit : *Rei legatæ cujus commercium legatarius non habet, nec æstimatio quidem debetur.* 2°. Sur ce que l'Edit de 1749, ne se contente pas de défendre aux communautés d'acquérir ces sortes de choses; elle a formellement défendu de les leur léguer, *art.* 17.

Pourroit-on léguer un héritage à un particulier, à la charge qu'il le revendroit, & en remettroit le prix à une communauté ? Il paroît que cela se peut faire; car cette disposition ne contient qu'un fidéicommis du prix de cet héritage, qui est une somme mobilière, qu'il est permis à la communauté d'acquérir. Néanmoins l'Edit de 1749, déclare cette disposition entiérement nulle, *art.* 31. La raison est que la nullité du legs d'un héritage, ou autre chose semblable, fait aux communautés, n'est pas seulement fondée sur l'incapacité qu'elles ont d'en acquérir, mais sur une défense formelle portée par ladite Loi, *art.* 17, de leur en léguer le prix. Cette Loi a donc dû, comme elle l'a fait, déclarer cette disposition nulle, comme faite en fraude de sa défense.

De-là il suit pareillement que le legs d'un héritage fait à une communauté, pour une Fondation, quelqu'utile qu'elle soit, à la charge par la communauté d'obtenir des Lettres Patentes, n'en est pas moins nulle, ainsi que cela est décidé formellement par l'*art.* 17. La raison de douter pourroit être que les communautés peuvent être rendues capables d'acquérir par des Lettres Patentes, ainsi que nous l'allons voir, & qu'un

legs fait à un incapable, sous la condition qu'il deviendra capable, *cum capere potuerit*, peut être valable. *L.* 52, *de hæred. inst.* La raison qu'a eu l'Ordonnance de décider au contraire que le legs étoit nul, se tire de la défense absolue qu'elle a faite de léguer ces sortes de choses aux communautés.

Le Roi permet néanmoins aux communautés, en certains cas, pour causes justes & nécessaires, d'acquérir des immeubles, mais à la charge d'obtenir auparavant l'acquisition des Lettres Patentes de Sa Majesté, enregistrées au Parlement, qui permettent d'acquérir; lesquelles Lettres ne peuvent être accordées, ni enregistrées, qu'il n'ait été préalablement rendu compte de la nature & de la valeur de l'immeuble, de la commodité ou incommodité de l'acquisition. Lesdites Lettres doivent aussi être communiquées avant l'enregistrement aux Seigneurs, soit de fief, soit de censive, soit de haute-justice.

Cet Edit, qui défend aux communautés d'acquérir des héritages, n'empêche pas qu'elles ne puissent rentrer dans ceux qu'elles ont aliénés, lorsque c'est plutôt par la résolution de l'aliénation qu'elles y rentrent, que par une nouvelle acquisition qu'elles font de ces héritages. Par exemple, une communauté peut rentrer dans un héritage, après l'expiration du temps pour lequel elle l'avoit aliéné à bail emphytéotique. Elle peut rentrer dans un héritage qu'elle avoit donné à rente, par le déguerpissement volontaire qu'en fait le possesseur qui ne veut plus payer la rente; ou lorsqu'à défaut de paiement de la rente, elle obtient Sentence qui lui permet d'y rentrer; car, dans l'un & l'autre de ces cas, ce n'est pas une nouvelle acquisition que la communauté fasse de cet héritage, c'est plutôt une résolution d'aliénation, par le défaut d'accomplissement de la charge sous laquelle elle avoit été faite, qui étoit la charge du paiement de la rente.

Par la même raison, si une communauté avoit aliéné un héritage avec la clause de réméré, c'est-à-dire, avec la clause qu'elle pourroit, dans l'espace d'un certain temps, y rentrer, en rendant le prix, nonobstant la Déclaration du Roi, elle pourroit exercer cette faculté de réméré, & rentrer dans cet héritage; car l'exercice d'une faculté de réméré n'est point un nouveau titre d'acquisition, mais la résolution de l'aliénation qui avoit été faite sous cette clause.

En est-il de même de ce qu'on appelle droit de refus ou de prélation, qui résulte de la clause par laquelle je stipule, en aliénant mon héritage, que toutes les fois que l'acheteur ou ses successeurs voudront le vendre; ils ne le pourront faire, que je n'en aye la préférence. La communauté qui a aliéné un héritage avec cette clause, peut-elle, nonobstant l'Edit de 1749, exercer le droit de préférence, lorsque l'héritage sujet à ce droit viendra à être vendu? Il faut dire qu'elle ne le peut: ce droit est bien différent du droit de réméré. L'exercice du droit de réméré se fait, sans qu'il intervienne une nouvelle vente de l'héritage, & ne contient que la résolution de celle qui avoit été faite. Au contraire, le droit de préférence ne s'exerce qu'en conséquence d'une nouvelle vente, que le pos-

sesseur de l'héritage même, fait volontairement de l'héritage sujet à ce droit. Ce droit n'est autre chose que le droit d'être préféré à tout autre acheteur, c'est un achat, un nouveau titre d'acquisition, que l'exercice de ce droit; d'où il suit que les communautés étant incapables d'acheter des immeubles, ne peuvent exercer ce droit. (*)

Par la même raison, l'Edit de 1749, décide que les communautés ne peuvent exercer le retrait féodal des fiefs qui sont vendus dans leur mouvance; car le retrait féodal, ainsi que celui dont nous venons de parler, étant le droit que nous avons d'être préférés à un autre acheteur, & d'acheter à sa place, l'exercice de ce droit est un véritable titre d'acquisition.

Les communautés peuvent-elles céder à des particuliers leur droit de refus, ou de retrait féodal?

La raison de douter est qu'on ne peut céder ce qu'on n'a pas; que l'Edit de 1749, ayant privé les communautés de ce droit de refus ou de retrait féodal, dérogeant à cet effet aux clauses stipulées par les Coutumes, il semble qu'elles n'ont plus ce droit, & par conséquent, qu'elles ne le peuvent céder. Je pense cependant qu'elles le peuvent. L'article 25 de l'Edit de 1749, porte: « Les gens de main-morte ne pourront exer- » cer aucune action en retrait féodal. » Par ces termes, les communautés ne sont pas privées de ce droit; il leur est seulement défendu de l'exercer par elles-mêmes, parce qu'en l'exerçant, elles acquerroient un héritage contre la défense de la Loi, l'objet de la Loi ayant été uniquement d'empêcher les communautés d'acquérir des héritages, & non pas de les dépouiller d'aucuns des droits qui leur appartenoient. C'est pourquoi si, sans contrevenir à la Loi; si, sans acquérir des héritages, elles peuvent jouir de leur droit de refus ou de retrait féodal, & en retirer quelq'utilité par la cession qu'elles en feront à un particulier, on ne peut pas les en empêcher. (**)

De ce que l'Edit de 1749, en rendant les communautés incapables d'acquérir des héritages, ne les a pas privées des droits attachés à leur Seigneurie, il s'ensuit qu'elles ne doivent pas en être privées. Par exemple, si le propriétaire d'un héritage situé dans le territoire de la Justice appartenante à la communauté, vient à mourir sans héritier, ou à être condamné à une peine capitale, cette communauté ne doit pas être privée du bénéfice du droit de deshérence ou de confiscation, qui sont des droits attachés à son droit de Justice.

Si le vassal d'une communauté commet félonie ou désaveu, la communauté ne doit pas être privée de son droit de Commise; mais, comme les héritages qui aviennent à un Seigneur à ces titres, sont de vraies acqui-

---

(*) Par Arrêt du Parlement du 10 Mai 1766, il a été jugé au profit du Chapitre de Saint Pierre-Empont d'Orléans, qu'il pouvoit exercer le droit de refus.

(**) La Déclaration du 26 Mai 1774, art. 6, en a une disposition précise.

sitions qu'il en fait, & que, par l'Edit les communautés sont incapables d'acquérir des héritages; pour concilier cette incapacité avec l'équité, qui ne permet pas que les communautés soient privées des droits attachés à leurs Seigneurs, l'Edit *art.* 26, donne aux communautés le délai d'un an, pour vendre les héritages qui leur sont échus à ces titres : par ce moyen, on a satisfait à la Loi, qui ne veut point qu'ils acquierent des héritages; & leurs droits leur sont conservés, puisqu'en vendant à leur profit ces héritages, ils profitent des droits de confiscation, commise, deshérence, & autres semblables attachés à leurs Seigneuries.

Faute par la communauté de satisfaire à cette obligation dans le temps marqué, le Roi veut que ces héritages soient réunis à son Domaine, si les Seigneuries des communautés sont dans ses mouvances immédiates, sinon, à celui des Seigneurs dont ils relevent, pourvu qu'ils demandent cette réunion dans le délai d'une autre année; sinon, la réunion s'en fait au Domaine du Roi.

L'Edit de 1749, ne devant avoir lieu que du jour de l'entregistrement qui en a été fait, suivant cette regle commune à toutes les Loix positives : *Leges futuris dant formam negotiis, non ad præterita revocantur*, il s'ensuit que toutes les acquisitions d'héritages, faites par les communautés avant ce temps, sont valables. C'est ce qui est porté par l'*art.* 28, dont voici les termes : » N'entendons rien innover en ce qui regarde les dispositions des actes ci-devant » faits en faveur des gens de main-morte, légitimement établis, lorsque ces » dispositions ou actes auront une date authentique *avant la publication des* » *présentes*, ou auront été faits par des personnes décédées avant la publi- » cation. «

De-là est née la question, si le legs d'un héritage, fait à une communauté, est valable, lorsque le testament est fait par acte pardevant Notaires, avant la publication de l'Edit, quoique le testateur ne soit décédé que depuis.

Pour l'affirmative, on dit que l'Edit déclare valables les dispositions qui ont une date certaine & authentique avant la publication; que le legs, dans cette espece, a une date certaine & authentique avant la publication de l'Edit; sçavoir, la date du testament qui le contient. Au contraire, pour la négative, on dit que les dispositions que l'Edit déclare ainsi valables, sont les dispositions entre-vifs. A l'égard des testamentaires, il ne suffit pas que les testamens qui les contiennent, aient une date avant la publication; il faut que le testateur soit mort auparavant. La raison en est que ces dispositions sont des ordonnances de derniere volonté : elles ne sont valables, qu'autant qu'elles sont la derniere volonté du testateur, qui est présumé avoir voulu lors de sa mort, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté, ce qui est contenu dans son testament. Or la Loi ayant été publiée avant sa mort, on ne peut plus dire qu'il ait persévéré dans la volonté de léguer des héritages à des communautés, ni qu'il a voulu, lors de sa mort, les leur léguer; car il ne pouvoit plus vouloir alors ce que la Loi lui défendoit de vouloir; ou s'il le vouloit encore, sa volonté étant injuste, & contraire à la Loi, elle ne doit avoir

aucun effet. Ces raisons, qui sont prises de la nature même des dernieres volontés, pourroient paroître décisives pour la nullité du legs, si le contraire n'avoit été déjà jugé par deux Arrêts, l'un desquels a été rendu en faveur de l'Hôtel-Dieu d'Orléans, pour le testament du sieur Barré, Chanoine de Sainte Croix.

Nous avons vu que ce, en quoi le droit qu'ont les communautés d'acquérir consistoit, étoit moins étendu que celui des particuliers : le droit qu'elles ont d'aliéner, est aussi moins étendu que celui des particuliers.

1°. Les communautés ne peuvent aliéner leurs immeubles, qu'en vertu du décret du Juge, qui ne doit leur en accorder la permission qu'en grande connoissance de cause, & pour des raisons très-puissantes, après une enquête *de commodo & incommodo.*

Le droit qu'ont les communautés, à l'instar des particuliers, de former des demandes en Justice, a été aussi limité à l'égard de certaines communautés; car, par la Déclaration du 2 Octobre 1703, les communautés d'Habitans des Villes ne doivent point être reçues à intenter aucunes demandes en Justice, que la délibération des Habitans, pour l'intenter, n'ait été autorisée par une permission de l'Intendant de la Province.

ARTICLE II.

Quels sont les avantages des Communautés sur les Particuliers?

Si le droit des communautés est plus resserré en certaines choses que celui des particuliers, elles ont aussi sur eux des avantages en d'autres choses.

Les communautés jouissent de plusieurs droits accordés aux mineurs, suivant cette regle : *reipsa minorum jura habent.* En conséquence, les communautés peuvent être restituées par Lettres de rescision, pour cause de lésion considérable, contre des engagemens de conséquence qu'elles auroient contractés. Les procès qu'elles ont à soutenir, soit en demandant, soit en défendant, dans lesquels il s'agit de la propriété des biens immeubles à eux appartenans, doivent être communiqués aux Officiers chargés du Ministere public dans les Jurisdictions où les procès se poursuivent; qui doivent donner leurs conclusions avant le Jugement ; faute de quoi les communautés sont censées n'avoir pas été suffisamment défendues, & ont la voie de la Requête civile contre les condamnations prononcées contr'elles par des Arrêts ou Jugemens en dernier ressort.

Les choses appartenantes aux communautés ne peuvent être acquises par un tiers détenteur, quoiqu'avec titre & bonne foi, par la prescription de dix ans ou de vingt ans, ni même de trente : il n'y a que la prescription de quarante ans qui puisse leur être opposée, soit pour acquérir les choses qui leur appartenoient, soit pour se libérer des droits & actions qu'elles avoient. Les communautés ont encore d'autres prérogatives, que nous remarquerons, en traitant des différentes matieres du Droit François.

SECONDE PARTIE.

Des Choses.

Les Choses sont corporelles ou incorporelles. Les choses corporelles sont celles qui s'apperçoivent par les sens, & qui ont un être réel, comme une maison, une métairie, un cheval, une bibliotheque & autres.

Les choses incorporelles sont celles *quæ in jure consistunt*, qui n'ont qu'un être intellectuel, & ne s'apperçoivent que par l'entendement, comme une créance, un droit de succession.

On divise encore les choses en meubles & immeubles, en celles qui ont une situation, & celles qui n'en ont point. Ces divisions étant très-importantes dans notre Droit, nous en traiterons séparément.

§. I.

De la Division des Choses corporelles, en meubles & immeubles.

Il est très-important dans presque toutes les matieres de notre Droit François de distinguer quelles choses sont meubles, & quelles choses sont immeubles. La succession des meubles se regle différemment de celle des immeubles : les meubles que les conjoints ont eu par mariage, & ceux qui leur aviennent par succession, tombent dans la communauté conjugale. Les immeubles n'y tombent pas : les immeubles étant susceptibles de la qualité de propres, sont en cette qualité sujets au douaire, au retrait lignager, aux réserves coutumieres : les meubles ne le sont point. Les immeubles sont susceptibles d'hypotheque, & ont suite par hypotheque : les meubles n'ont pas de suite par hypotheque, & ne sont pas même, dans la plus grande partie des Pays coutumiers, susceptibles d'hypotheque, si ce n'est du nantissement. Les saisies des meubles se font différemment de celles des immeubles.

Les meubles sont les choses qui se transportent d'un lieu à un autre. La grandeur du volume, non plus que la grande valeur d'une chose, n'empêchent pas qu'elle ne soit meuble : c'est pourquoi on ne doute pas que les navires ne soient meubles.

Les immeubles sont les fonds de terre, les maisons, & tout ce qui en fait partie. Il faut bien distinguer ce qui sert à garnir une métairie ou une maison, & à son exploitation, & ce qui en fait partie. Les choses transportables de leur nature, qui sont mises dans une métairie ou maison, pour servir à son exploitation, n'en font pas partie, & sont des meubles : *Instrumentum fundi non est pars fundi*. Ainsi, par exemple,

les bestiaux, chevaux, les meubles aratoires, les ustensiles de pressoir sont meubles. Au contraire, les choses qui sont cohérentes à l'héritage, qui y sont pour perpétuelle demeure, qui servent à le completter, font partie de l'héritage, & suivent sa nature d'immeuble. C'est sur ce fondement que la Coutume de Paris, *art.* 90, décide que les moulins à eau & à vent, & les pressoirs sont immeubles, quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés, ni désassemblés, quand ces moulins, pressoirs, & autres cohérens au sol ou à l'édifice, & y étant édifiés sont pour perpétuelle demeure, ils font partie du lieu où ils sont édifiés, & par conséquent suivent sa nature d'immeuble.

Ce que dit la Coutume de Paris des moulins à eau, doit s'entendre de ceux qui sont bâtis sur pilotis, & qui sont par ce moyen cohérens au sol. A l'égard de ceux qui sont assis sur bateaux, il n'est pas douteux qu'ils ne soient meubles, suivant ce que décide la Coutume d'Orléans, qui sert à cet égard d'interprétation à celle de Paris; car les bateaux, sur lesquels ils sont assis, étant eux-mêmes meubles, ils s'ensuit qu'ils le doivent être aussi.

Vice versâ, l'article 363 de la Coutume d'Orléans, qui déclare expressément les pressoirs être immeubles, reçoit une limitation par ce qui est ajouté par celle de Paris, quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés, ni désassemblés, suivant laquelle on doit décider que notre Coutume ne doit être entendue que des grands pressoirs, tels que ceux à grand arbre ou à roue, & non pas de certains petits pressoirs à auge, qui, pouvant se transporter sans dépecer ni désassembler, doivent passer pour meubles. Les échalas auxquels les vignes sont attachés, font partie de l'héritage; car, quoiqu'ils soient peu cohérens à l'héritage, n'étant que légerement plantés en terre, & en étant séparés tous les hivers, néanmoins, comme ils sont dans l'héritage pour perpétuelle demeure, ils semblent ne faire qu'un corps avec la vigne: lorsqu'elle y est attachée, ils servent à la completter; car il manqueroit quelque chose à une vigne, en tant que vigne, si elle n'étoit pas échalacée, c'est-à-dire, garnie de ses échalas. C'est pourquoi les échalas sont censés faire partie de l'héritage, & en suivre la nature.

Ils conservent cette nature d'immeuble, même pendant l'hiver qu'ils en sont séparés; car cette séparation, qui n'est que momentanée, ne doit point changer leur nature; & leur destination la doit conserver.

Au reste, ces échalas n'acquierent la qualité d'immeubles, & de partie de l'héritage, que par leur union à la vigne. C'est pourquoi des échalas nouvellement amenés dans une maison de vigne, & qui n'ont point encore servi à la vigne, sont meubles. *L.* 11, ff. *de Act.*

Les pailles & fumiers d'une métairie sont aussi censés en faire partie, comme y étant pour perpétuelle demeure, & ne pouvant être divertis par les fermiers. Par la même raison de la perpétuelle demeure, les Arrêts ont décidé que l'artillerie d'un Château faisoit partie de l'héritage, ainsi que les ornemens d'une Chapelle, vases sacrés, missels, & autres choses servant au service divin. On a demandé si les poissons, pigeons,

lapins, qui sont dans un héritage, sont meubles, ou s'ils sont partie de l'héritage ? La regle sur cette question est que, tant que les animaux sont laissés *in naturali laxitate*, ils sont censés faire partie de l'héritage; mais lorsqu'ils cessent d'être *in naturali laxitate*, & qu'ils sont *sub nostrâ custodiâ*, ils sont meubles.

Suivant ce principe, la Coutume de Paris, *art.* 91, & celle d'Orléans, *art.* 355, décident que le poisson étant en étang, est immeuble, & que celui qui est en réservoir, est meuble.

Suivant ce même principe, la Coutume d'Orléans, *art.* 74, decide que le poisson d'un étang devient meuble, lorsque la bonde est levée; car se trouvant à sec, il n'est plus *in naturali laxitate*; mais il est *sub nostrâ custodiâ*.

Par la même regle, on doit décider que les pigeons d'un colombier, qui vont & reviennent, font partie de l'héritage: au contraire, ceux qui sont enfermés dans un clapier, sont meubles; car ceux-ci sont *sub nostrâ custodiâ*; les autres sont *in naturali laxitate*.

Par la même raison, les lapins d'une garenne font partie de l'héritage: ceux qui sont enfermés dans un clapier sont meubles.

La raison, sur laquelle est fondée notre principe, est tirée de ce qui est établi aux Instituts, au titre *de rerum divisione*, que les animaux *feræ naturæ non possidentur per se*, ne sont *in bonis nostris*, qu'autant qu'ils sont *sub nostrâ custodiâ*, & non pas lorsqu'ils sont *in naturali laxitate*. Si donc je ne possede point proprement; si je n'ai point proprement *in bonis* les poissons, les pigeons, les lapins, tant que je les laisse *in naturali laxitate*, & que, dans tous les cas, j'ai seulement *in bonis* un étang empoissonné, un colombier peuplé de pigeons, une garenne remplie de lapins, ces animaux ne peuvent point passer pour biens meubles, mais comme faisant partie de l'étang, du colombier, de la garenne où ils sont, puisque je n'en ai pas un domaine, ni une possession distinguée du domaine ou de la possession de l'étang, du colombier, ou de la garenne.

* Les fruits qui ne sont point encore séparés de la terre, font partie de l'héritage: mais aussitôt qu'ils en sont séparés, ils deviennent des choses séparées de l'héritage, & sont meubles.

Cette décision est prise des Loix Romaines: *Fructus pendentes pars soli videntur. L.* 44, ff. *de rei vindicat.* Au contraire, *Fructus perceptos Villæ non esse constat. L.* 17, §. 1°. ff. *de action. empt.*

La Coutume de Paris, *art.* 92, a une pareille disposition; & elle explique fort bien que les fruits son censés perçus, & par conséquent meubles, aussitôt qu'ils sont coupés & séparés de la terre, quoiqu'ils ne soient pas encore transportés, & qu'ils soient sur le champ. La Coutume d'Orléans a suivi cette disposition: elle décide, *art.* 354, que tous les fruits pendans par les racines, sont héritages.

Elle fait pourtant une exception de cette regle à l'égard des bois de la forêt d'Orléans, sujets au droit de gruerie, qu'elle répute meubles, aussitôt que la coupe en a été adjugée aux Siéges des Forêts, quoiqu'ils n'aient point encore été abattus. *Art.* 75.

Plusieurs

Plusieurs Coutumes se sont écartées de la disposition du Droit sur les fruits ; elles sont différentes entr'elles. Quelques-unes réputent pour meubles les fruits, tant naturels qu'industriels, quoiqu'encore pendans par les racines, aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain point de maturité, qu'elles reglent différemment. Par exemple, il y en a qui réputent meubles les foins à la mi-Mai, les bleds à la Saint Jean, les raisins au mois de Septembre. D'autres Coutumes distinguent entre les fruits naturels & industriels, c'est-à-dire, ceux qui viennent à force de culture. Les fruits naturels sont ceux qui sont produits sans aucune culture, tels que sont les foins, les bois, les pommes : elles ne réputent meubles ceux-ci, que lorsqu'ils sont coupés ; mais elles réputent meubles les industriels, aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain temps de maturité.

Dans les Coutumes qui n'ont aucune disposition à ce sujet, on doit suivre celle du Droit Romain, comme la plus raisonnable.

A l'égard des maisons, la Coutume de Paris, *art.* 90, & Orléans, *art.* 356, donnent cette regle, pour distinguer ce qui en fait partie, d'avec ce qui n'en fait pas partie, & qui est meuble. Elles disent qu'*ustensiles d'Hôtel, qui se peuvent transporter sans fraction & détérioration, sont meubles ; mais s'ils tiennent à fer & à clou, ou sont scellés en plâtre ou en chaux, ou sont mis pour perpétuelle demeure, & ne peuvent être transportés sans fraction & détérioration, ils sont censés & réputés immeubles.*

Cette regle ne donne pas des idées assez claires, il faut plutôt dire que ce qui est dans une maison pour perpétuelle demeure, & qui sert à la completter, *ad integrandam domum*, est censé faire partie de la maison. Au contraire, ce qui n'est pas mis pour perpétuelle demeure, & qui sert à meubler & garnir la maison, plutôt qu'à la completter est meuble.

Par exemple, s'il est question de sçavoir si une glace qui est encadrée dans une cheminée, fait partie de la maison, ou non, il faut distinguer. Si la place à laquelle elle est appliquée, est revêtue d'une menuiserie, ou d'un enduit de plâtre de la même parure que le reste de la cheminée, il faudra décider que la glace est meuble : car elle n'est mise que pour un plus grand ornement, *ad instruendam domum*, & non pas *ad integrandam*, puisqu'en ôtant cette glace, la cheminée est complette en toutes ses parties, & n'exige rien davantage. Au contraire, si la place de la cheminée, à laquelle est appliquée la glace, est brute, ou que, pour la conservation de la glace, elle soit couverte de quelques planches de différente parure du reste de la cheminée, on doit en ce cas décider que la glace fait partie de la maison ; car elle est mise *ad integrandam domum ;* elle sert à completter la cheminée qui, sans cela, ne seroit point *numeris omnibus absolutus*, & exigeroit quelque chose.

On doit faire la même distinction à l'égard des tableaux qui sont encadrés dans des boiseries.

Tout ce qui tient à fer & à clou, n'est donc pas réputé pour cela faire partie de la maison.

Au contraire, *vice versâ*, il y a des choses qui, sans être attachées à

la maison, en font néanmoins partie, parce qu'elles y sont pour perpétuelle demeure, & servent à completter la maison, *ad integrandam domum.*

De ce nombre sont les clefs d'une maison : les clefs sont pour perpétuelle demeure; les clefs servent *ad integrandam domum* : car une maison n'est pas complette, s'il lui manque quelque chose; par conséquent s'il lui manque des clefs.

On doit donc dire la même chose des planches qui servent à la fermeture d'une boutique : quoiqu'elles ne soient point attachées à la maison, elles en font partie : car il est évident qu'il manqueroit quelque chose à la maison, si elle n'avoit pas cette fermeture. Ces planches servent donc *ad integrandam domum* ; elles sont d'ailleurs destinées à une perpétuelle demeure dans la maison, & par conséquent elles en font partie.

On peut voir dans un plus grand détail, dans mon Titre *de actionibus empti*, ce qui fait, ou ne fait pas partie d'un héritage ou d'une maison.

Il me reste seulement à observer que, n'y ayant que les choses qui sont pour perpétuelle demeure, qui soient réputées faire partie d'un héritage ou d'une maison, il s'ensuit que tout ce qui y a été placé par un locataire, ou par un usufruitier, n'en fait point partie : car, comme personne n'est présumé donner, l'usufruitier ou locataire n'est censé avoir placé ces choses, que pour en jouir pendant que le temps de son bail, ou son usufruit durera, & non pas pour les y laisser à perpétuelle demeure. Elles ne peuvent donc pas être censées faire partie de l'héritage ou de la maison, quoique ce fût des choses qui seroient censées en faire partie, si elles y avoient été placées par le propriétaire. Par exemple, les parquets d'un appartement, les chambranles d'une cheminée, des grilles de fer, des statues posées sur des piédestaux dans des jardins, & mille autres choses semblables, qui seroient réputées faire partie de l'héritage ou de la maison, si elles avoient été placées par les propriétaires, seront réputées meubles, si elles ont été placées par un usufruitier, à plus forte raison si c'est un locataire.

Observez encore que toutes les choses qui font partie d'une maison, d'un édifice, sont censées en faire partie, & conservent leur nature d'immeubles, même pendant le temps qu'elles en sont séparées, lorsque cette séparation n'est que momentanée, & que ces choses n'en sont séparées, que pour y être replacées. Par exemple, si, voulant élever mon bâtiment, je fais désassembler la couverture, les tuiles, les ardoises qui auront été séparées de mon bâtiment, pour y être replacées, ces choses ne laisseront pas, même pendant ce temps, de conserver leur nature d'immeuble.

Il en seroit autrement de nouveaux matériaux qui n'y auroient point encore été employés. Ces matériaux, quoiqu'amenés sur le bien, quoique taillés, conservent leur nature de meubles, jusqu'à ce qu'ils aient été employés, & posés dans les bâtimens.

Dans les bâtimens construits, & destinés pour certaines manufactures,

tels que sont les raffineries, les cuves & les chaudieres, qui sont enfoncées en terre, scellées & encastrées, me paroissent devoir faire partie du bâtiment; car elles y sont mises pour perpétuelle demeure, & elles servent à le completter, en tant que bâtiment de raffinerie. On peut tirer en argument la Loi ff. *de Act. empti*, qui décide que *dolia in terram defossa sunt pars fundi.*

Il faut dire le contraire des formes qui servent à mettre les pains de sucre; car ces choses, qui sont amovibles & transportables, servent *ad instruendam, non ad integrandam officinam*, *sunt instrumenti loco*, par conséquent sont meubles.

Les métiers des Passementiers ont été jugés meubles, aussi bien que les presses d'Imprimerie. Cela a été jugé pour celle du célebre Robert Etienne.

§. II.

De la Division des Choses incorporelles en meubles & immeubles.

Les choses incorporelles n'étant point des êtres réels, mais des êtres intellectuels : *quæ in Jure consistunt*, *quæ solo intellectu percipiuntur*, ne sont point proprement par elles-mêmes susceptibles de la qualité de meubles, ni de celle d'immeubles. Néanmoins comme, selon notre Droit François, toutes les choses que nous avons *in bonis*, sont distribuées en deux classes; de meubles ou d'immeubles, les choses incorporelles, ainsi que les autres, doivent être assignées à l'une ou à l'autre de ces classes.

Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, *jus in jure*, ou des créances, *jura ad rem*. Les droits réels que nous avons sur les héritages, tels que les droits de fief, de censive, de champart, de rente fonciere, les droits de Justice, les droits d'usufruit, d'usage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles; car ces droits ne sont autre chose que l'héritage même sur lequel nous les avons à prendre, considérés comme nous appartenant à certains égards.

A l'égard des créances, *jus ad rem*, elles tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose qui fait leur objet. Si la créance est d'une somme d'argent, ou de quelqu'autre chose mobilière, cette créance est mobilière. Au contraire, la créance de quelqu'héritage qui nous est dû, & que nous avons droit de demander, est une créance immobilière, c'est ce qui est exprimé par cette regle : *Actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis.*

Par exemple, lorsqu'une maison a été vendue 10000 liv. la créance du vendeur, qui résulte de ce contrat, l'action qu'il a pour se faire payer du prix y porté, est une action mobilière, une créance mobilière, puisqu'elle a pour objet une somme de deniers. Au contraire, la créance de l'acheteur, l'action de l'acheteur, pour se faire livrer la maison

qui lui a été vendue, est une action immobilière, puisqu'elle a pour objet une maison qui est un immeuble.

Lorsque le vendeur, qui a vendu la chose d'autrui, déclare ne pouvoir accomplir son engagement; l'action immobilière que l'acheteur avoit pour se faire livrer, ou se faire conserver dans la possession de l'héritage vendu, se convertit en une action de dommages & intérêts résultans de l'inexécution de l'engagement du vendeur. Cette action en dommages & intérêts est mobilière, ces dommages & intérêts consistant en la somme d'argent en laquelle ils seront estimés; laquelle somme est quelque chose de mobilier.

Lorsque quelqu'un a acheté des bois sur pied, pour les couper; ou des fruits pendans par les racines, la créance qui résulte de ce contrat, est une créance mobilière; car elle tend à faire avoir à l'acheteur, à lui faire acquérir ces bois & ces fruits, après qu'il les aura coupés; lesquels ne peuvent lui être acquis plutôt, puisqu'il n'a pas acheté les fonds dont ils font partie; & par conséquent sa créance tend à lui faire acquérir quelque chose de mobilier; car ces bois, ces fruits deviennent meubles par la coupe qui en est faite. C'est donc une action *ad mobile*, par conséquent une action mobilière.

Par la même raison, le droit qu'acquiert un fermier par le bail qui lui est fait d'une métairie, est un droit mobilier; car ce droit du fermier n'a pour objet que d'acquérir les fruits qui naîtront dans les terres de cette métairie, quand il les aura perçus; c'est-à-dire, lorsqu'ils seront coupés, & par conséquent meubles. Ce droit est donc *actio ad mobile*, & par conséquent un droit mobilier. Ce droit d'un fermier ne doit pas être confondu avec celui d'un usufruitier. Le droit de celui-ci est un droit dans l'héritage, *jus in re*; c'est l'héritage même, comme appartenant à certains égards à l'usufruitier, non quant au droit d'en disposer, en quoi consiste le droit de propriété, mais quant au droit d'en jouir, d'en percevoir les fruits pendant sa vie. Au contraire, le droit d'un fermier n'est, ni un droit dans l'héritage, ni même un droit à l'héritage, c'est une simple créance personnelle que le fermier a contre son bailleur; & cette créance n'a pas pour objet l'héritage même, mais les fruits de cet héritage, que le bailleur est obligé de laisser percevoir au fermier.

Toutes les créances d'un fait doivent être placées dans les classes des actions mobilières, soit qu'elles consistent dans l'obligation qu'a contracté envers nous le débiteur de faire, ou de ne pas faire quelque chose, *quæ nostra intersit fieri aut non fieri*; car ces créances n'ont pour objet aucun immeuble.

Les créances de fait ne consistent que dans le *quanti nostra interest fieri aut non fieri*; lequel *quanti interest*, ne consiste que dans une somme de deniers; ce qui est quelque chose de mobilier. Ces créances ont donc un objet mobilier, & par conséquent doivent être rangées dans la classe des actions mobilières.

La créance d'un locataire, qui résulte du bail qui lui a été fait d'une maison, est une créance mobilière; car cette créance n'a pas pour objet la

maison, qui est un immeuble. Ce locataire, bien différent d'un usufruitier, n'a en vertu de son bail, aucun droit dans la maison, ni à la maison : il est créancier d'un fait, & non pas de la maison; en quoi il differe de l'acheteur de la maison, *ut sibi in domo habitare liceat.* Il est créancier de ce *quanti interest in eâ domo habitare;* par conséquent son droit de créance est de la classe des droits & actions mobilières.

La créance qui résulte à mon profit du marché que j'ai fait avec un Architecte pour me bâtir une maison, étant la créance d'un fait; en suivant nos principes, est une créance mobilière : d'où il suit que, quoique le terrein sur lequel cet Architecte s'est obligé de construire cette maison, fût un propre de ligne auquel succede mon héritier aux propres de cette ligne, néanmoins le droit que j'ai, résultant de ce marché contre l'Architecte, passera à mon héritier au mobilier. Il arrivera de-là que, ni mon héritier au mobilier ne pourra agir contre l'Architecte, pour qu'il bâtisse la maison, parce qu'il n'y a aucun intérêt, n'ayant point succédé au terrein, ni mon héritier aux propres, puisqu'il ne succede pas à l'action qui résulte du marché, cette action étant mobilière : mais si l'Architecte avoit reçu de l'argent d'avance, comme il ne l'a reçu qu'à la charge de bâtir ce bâtiment, mon héritier mobilier a une action contre lui pour la répétition de cet argent; car j'avois deux actions à mon choix contre l'Architecte, au cas qu'il n'exécutât pas son marché; toutes les deux mobilières, & de nature à passer à mon héritier au mobilier. L'une, qui est l'action *locati*, à ce qu'il fût tenu de construire l'édifice *quod ædificandum conduxerat;* laquelle ne peut être intentée par mon héritier au mobilier, comme n'ayant aucun intérêt à cette construction; l'autre, qu'on appelle *condictionem ob rem datam, re non secutâ*, pour la répétition de l'argent par lui reçu; laquelle peut être exercée par mon héritier au mobilier; & l'Architecte ne pourra éviter la condamnation, qu'en construisant le bâtiment, suivant son obligation.

Pareillement, quoique ni mon héritier au mobilier, ni mon héritier aux propres, ne puissent, pour les raisons ci-dessus dites, agir directement, *actione locati*, contre l'Architecte pour l'exécution du marché, ils peuvent l'un & l'autre opposer cette inexécution par exception, si l'Architecte, *actione conducti*, demandoit à l'un ou à l'autre le paiement du prix porté par le marché; parce que ce prix ne lui est dû que pour la construction de la maison qu'il s'est obligé de construire. Que s'il étoit porté par le marché qu'il seroit payé d'avance, les héritiers ne peuvent à la vérité refuser le paiement, quoique le marché ne soit pas encore exécuté de la part de l'Architecte : mais on peut dire que l'Architecte, en demandant, & en recevant ce prix de l'héritier aux propres, pour la part dont l'héritier aux propres en est tenu, renouvelle envers lui tacitement l'obligation qu'il avoit contractée envers le défunt de construire la maison, & que dès-lors l'héritier aux propres peut directement agir contre lui pour qu'il soit obligé de la construire.

Lorsque, par un contrat de mariage, l'un des des deux conjoints s'oblige d'apporter en communauté ses héritages, jusqu'à la concurrence d'une

certaine somme, l'objet de cet engagement étant des héritages, le droit qu'à l'autre conjoint de demander l'exécution de cet engagement, *est actio ad immobile*, & par conséquent une action immobilière.

Que si le conjoint s'étoit obligé d'apporter une certaine somme, à prendre sur ses héritages, l'engagement auroit pour objet principal une somme de deniers, & par conséquent quelque chose de mobilier. L'action qui en résulte, est donc une action mobilière : en effet, dans cette espece, quoique la somme, dont l'apport est promis, soit à prendre en héritages, quoique le conjoint satisfasse à cet apport, en mettant des héritages en communauté ; néanmoins c'est la somme de deniers qui est l'objet principal de l'engagement ; ces héritages sont *magis in facultate solutionis, quàm in obligatione*. C'est la somme de deniers qui est due, & qui est par conséquent seule considérée pour régler la nature de l'engagement.

Les créances de sommes de deniers, ou autres choses mobilières, doivent-elles être rangées dans la classe des meubles, quoiqu'elles soient hypothécaires ? La raison de douter est que l'hypotheque que le créancier a sur les héritages de son débiteur, est un droit réel, *jus in re*. Or il a été établi ci-dessus que les droits réels sur les héritages étoient des droits immobiliers : néanmoins il faut décider au contraire que les créances de sommes de deniers, quoiqu'hypothécaires, sont mobilières. L'hypotheque, il est vrai, est un droit réel sur des héritages ; mais c'est un droit qui ne peut subsister par lui-même, & qui est, par sa nature, accessoire d'une créance. La créance est, par rapport à l'hypotheque, la chose principale ; l'hypotheque en est l'accessoire. La créance ne doit donc pas recevoir, emprunter une nature de chose immobilière de la nature de l'hypotheque, qui n'est que son accessoire ; car il est absurde que la chose principale suive la nature de l'accessoire : c'est au contraire l'accessoire qui doit suivre la nature de la chose principale : *Accessorium sequitur naturam rei principalis*.

On a autrefois fort agité la question de sçavoir si les rentes constituées étoient meubles ou immeubles. Les Coutumes se sont partagées sur cette question : quelques Coutumes les réputent meubles. Les Coutumes de Paris & d'Orléans les réputent immeubles : c'est le Droit commun. Les raisons, pour les réputer meubles, sont que le droit du créancier d'une rente constituée se termine à recevoir par chaque année une somme d'argent, & par conséquent quelque chose de mobilier ; d'où on conclut que la rente constituée est une chose mobilière, suivant notre principe : *Actio ad mobile est mobilis*. Les raisons pour décider au contraire que la rente constituée est immeuble, sont que la rente est un être intellectuel, distinct & séparé des arrérages qu'elle produit. La vérité de ce principe se prouve de ce que cet être ne reçoit aucune diminution en sa substance, par la perception que fait le créancier des arrérages qui en sont produits : car un créancier qui, pendant plusieurs siecles, a perçu les arrérages d'un principal de rente, possede après cette perception son principal de rente aussi entier qu'il l'étoit lors de la constitu-

tion de cette rente. Etant donc un être distinct & séparé des arrérages qu'elle produit, quoique ces arrérages, à mesure qu'ils échoient, soient une créance mobilière, on n'en doit pas conclure que la rente soit elle même une chose mobilière. Elle a bien plus de ressemblance aux immeubles qu'aux meubles, puisque, de même que les vrais immeubles, c'est-à-dire les héritages, produisent tous les ans des fruits, sans diminution de leur intégrité & de leur substance, de même la rente constituée en produit à toujours; & les fruits sont les arrérages. Les raisons tirées de cette ressemblance des rentes avec les immeubles, jointes à une autre, tirée de ce que les rentes constituées composent aujourd'hui la plus grande partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un très-grand nombre de familles, ont déterminé à les réputer immeubles.

Les rentes viageres doivent-elles être aussi réputées immeubles? La question souffre grande difficulté, & n'est point encore décidée. Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés pour décider que les rentes perpétuelles étoient immeubles, ne se rencontrent pas tout-à-fait ici : il semble que ces rentes ne sont que la créance d'une chose indéterminée à la vérité, mais qui se déterminera par le temps que durera la vie du créancier, ou de celui sur la tête de qui elle a été créée; laquelle créance est payable par plusieurs portions; & ces portions sont les arrérages qui s'en payent tous les ans. Ces arrérages sont tellement la portion de la somme qui fait l'objet & la matiere de la rente viagere, que la rente viagere diminue, & s'éteint en partie, à mesure que les arrérages s'en perçoivent, jusqu'à ce qu'elle se consomme & s'éteigne totalement par la perception de la derniere année. Il semble donc qu'on ne peut pas dire de ces rentes ce que nous disons des rentes perpétuelles, qu'elles ont un être distinct & séparé des arrérages qu'elles produisent, auquel on puisse donner la nature d'immeubles. Nonobstant ces raisons qui paroissent décisives, plusieurs réputent les rentes viageres immeubles; ils les regardent comme ayant un être distinct & séparé des arrérages qu'elles produisent; être qui, à l'instar des immeubles, produit des fruits qui sont des arrérages, & lequel ne differe de celui qui est considéré dans les rentes perpétuelles, que par la durée, l'être des rentes perpétuelles étant un être dont la durée est perpétuelle, celui des rentes viageres étant un être, dont la durée a été bornée à un certain temps.

Les Coutumes étant différentes sur la qualité de meuble ou d'immeuble, que doivent avoir les rentes; quelle Coutume en doit décider?

C'est la Coutume du domicile du créancier : une rente constituée est un droit personnel, qui naît de l'engagement que le débiteur a contracté envers la personne du créancier. Or nous avons établi ailleurs que c'étoit la Loi du domicile des personnes, qui régloit les droits des personnes : c'est donc cette Loi qui doit régler la nature de la rente constituée.

Mais pourquoi est-ce plutôt la Loi du domicile du créancier, que celle du domicile du débiteur?

La raison en est que les choses que nous avons *in bonis*, étant distribuées en deux classes de meubles & d'immeubles, lorsqu'on demande à laquelle de ces deux classes la rente constituée appartient, c'est de la rente, en tant qu'elle est *in bonis nostris*, dont il est question, & partant de la rente, en tant qu'elle est considérée du côté du créancier. Or c'est la Loi du domicile du créancier qui doit régler les droits résidans en la personne du créancier : c'est donc cette Loi qui doit régler la nature des rentes constituées.

La créance d'une somme exigible, qui produit intérêt jusqu'au paiement, telle qu'est la créance du prix d'un héritage, est-elle mobilière ou immobilière ? Elle est mobilière ; car elle a pour objet une somme de deniers, qui est quelque chose de mobilier. Cette créance, en cela, est très-différente d'une rente constituée ; car la rente constituée est la créance d'un revenu annuel & perpétuel, & non d'aucune somme principale, le créancier de la rente n'étant point créancier de la somme pour laquelle elle a été constituée, & pour laquelle elle peut être rachetée, puisqu'il n'a point de droit de l'exiger.

Quid, si une rente constituée étoit devenue exigible, *putà*, faute par le débiteur d'avoir fait l'emploi qu'il s'étoit obligé de faire du prix qu'il avoit reçu pour la constitution de cette rente, la rente seroit-elle en ce cas mobilière ? Non : car ce n'est qu'*ex accidenti*, & non pas par la nature de cette rente, que le principal s'en trouve exigible. L'action qu'a le creancier pour se faire rembourser, ne naît pas de la nature de la rente, mais d'un engagement du débiteur, qui ne lui est qu'accessoire. La rente n'est donc pas pour cela *in se*, la créance d'une somme exigible, mais seulement la créance d'une rente annuelle & perpétuelle ; & par conséquent la nature étant la même, le droit qu'a le créancier *extrinsecùs* d'en exiger le remboursement, ne doit point changer la qualité de la rente.

Pour qu'une rente constituée soit réputée immeuble, il est indifférent qu'elle soit constituée par un billet sous signature privée, ou par un acte pardevant Notaire. Cet acte pardevant Notaire ne sert qu'à donner au créancier de la rente une hypotheque sur les biens du débiteur de la rente ; mais la rente ne tire point la qualité d'immeuble de cette hypotheque, mais de sa nature propre, qui est indépendante de cette hypotheque.

Les Offices forment une espece de biens qui est dans le commerce : il a été autrefois incertain sous quelle classe on les rangeroit, ou sous celle des meubles, ou sous celle des immeubles.

Un Office est le droit d'exercer une fonction publique : il y en a de trois sortes ; les domaniaux, les venaux ou héréditaires, & les purs personnels.

Les domaniaux sont des droits du domaine auxquels est attachée une fonction publique, comme le droit de Greffe ; lesquels droits sont dans le commerce, ayant été engagés pour une finance payée au Roi, à la charge par l'engagiste & ses successeurs, de remplir ou faire remplir la fonction publique qui y est attachée, *putà*, fonction de Greffier.

Les

Les Offices venaux sont des Offices de judicature & de finance. Ils sont censés dans le commerce; ils sont aliénables, transmissibles aux héritiers de celui à qui ils appartiennent, pourvu que le propriétaire ait payé un droit de Paulette, ainsi appellée du nom d'un Partisan nommé *Paulet*, qui en a été l'inventeur.

Il y en a qui ont été exemptés de ce droit.

Il faut distinguer dans ces Offices le droit d'exercer la fonction publique de l'Office, d'avec la finance attachée à l'Office. Ce n'est point ce droit d'exercer la fonction publique, qui est dans le commerce, c'est la finance attachée à l'Office. Cette finance donne à celui qui a payé, lors de la création de l'Office, & à ses successeurs, jusqu'à ce qu'il plaise au Roi de la rembourser, le droit de présenter au Roi un Sujet capable pour remplir l'Office : il peut présenter soi-même, s'il est capable, ou un autre. Le Roi n'est point obligé d'agréer le Sujet, ni de rendre des raisons de son refus : mais, lorsqu'il n'a aucune raison de le refuser, il lui accorde des provisions, sous la condition qu'il sera jugé capable par la Cour ou Jurisdiction à qui les provisions sont adressées. Ce Pourvu est ensuite reçu dans son Office, après qu'il a été informé de ses vie, mœurs & religion, & qu'il a été examiné & jugé capable; & c'est de cette réception & de ces provisions, qu'il acquiert le caractere d'Officier, & le droit d'exercer la fonction publique attachée à son Office. Le droit d'exercer la fonction publique, avec tous les honneurs & les prérogatives qui en dépendent, réside toujours dans la personne : mais la finance attachée à l'Office ne lui appartient pas toujours; car celui à qui elle appartient, ne se fait pas toujours recevoir dans l'Office, & y fait quelquefois recevoir un autre, par exemple, lorsque le propriétaire, à qui on veut conserver l'Office, n'est pas en âge d'être pourvu.

La troisieme espece d'Offices est celle des Offices purs personnels, à laquelle il n'y a aucune finance attachée, & qui sont en la pleine disposition du Roi. Tels sont les Gouvernemens, les Emplois Militaires, les Offices de la Maison du Roi, les Chaires des Professeurs Royaux, les Offices de Chancelier, de premier Président de Parlement.

Ces Offices n'étant point dans le commerce, ce n'est point sur cette espece d'Offices que peut tomber la question, si les Offices sont meubles ou immeubles : car n'étant point *in bonis*, ils ne peuvent appartenir ni à l'une, ni à l'autre classe. La question ne tombe donc que sur les deux précédens. Il sembleroit que les Offices, surtout ceux de la seconde espece, ne consistant que dans la finance qui y est attachée, qui est quelque chose de mobilier, ils devroient être réputés meubles. Néanmoins les Offices ayant fait une partie considérable de la fortune des particuliers, la Jurisprudence s'est introduite de les réputer immeubles; elle ne s'est introduite que par degrés; les Offices n'ayant été réputés immeubles d'abord, que quant à certains effets, ensuite quant à d'autres. Aujourd'hui ils ne different plus des autres immeubles.

§. III.

Des Choses qui ont une situation, & de celles qui n'en ont pas.

Il y a des choses qui ont une situation dans un certain lieu; & ces choses sont régies par la Coutume des lieux de cette situation.

Il y en a d'autres qui n'ont aucune situation; & ces choses suivent les personnes à qui elles appartiennent, & sont par conséquent régies par la Loi du domicile de cette personne.

La situasion des immeubles corporels, tels que sont les fonds de terre & les maisons, ne peut avoir aucune ambiguité.

Les meubles étant par leur nature transportables d'un lieu à un autre, n'ont de situation en aucun lieu, quand même ils y auroient toujours été, & par conséquent ne sont régis que par la Loi du domicile de la personne à qui ils appartiennent.

A l'égard des choses incorporelles, les droits réels que nous avons dans des héritages, *jura in re*, comme un droit de rente fonciere, de champart, d'usufruit, ces droits n'étant autre chose que l'héritage même, considéré comme nous appartenant à certains égards, ainsi que nous l'avons déjà observé au paragraphe précédent, il s'ensuit que ces droits ont la même situation que l'héritage sur lequel ils sont à prendre; & ils doivent par conséquent être régis selon la Coutume du lieu où ces héritages sont situés.

A l'égard des droits *ad rem*, c'est-à-dire, des créances, lorsque la créance a pour objet quelqu'héritage, elle doit être censée avoir la même situation que cet héritage auquel elle se termine, & dans lequel elle se résout & se convertit, lorsque le débiteur exécute son engagement.

Cela est vrai, lorsque la créance est d'un héritage déterminé. La créance indéterminée d'héritages n'a aucune situation, ce qui est indéterminé n'en pouvant avoir.

Les rentes constituées, & les rentes viageres n'ont aucune situation, & suivent par conséquent la personne du créancier.

Cela a lieu, quand même ces rentes seroient à prendre, par spécial assignat, sur un certain héritage; car cet assignat n'est qu'un accessoire de la rente, laquelle, en soi, ne consiste que dans le droit personnel du créancier, qui résulte de l'obligation que le débiteur a contractée envers lui. La Jurisprudence a néanmoins apporté une exception à cette regle, à l'égard des rentes créées sur le Roi, le Clergé, les Etats des Provinces, & les Villes : elle a donné à ces rentes une situation au lieu où est établi le Bureau public du paiement des arrérages desdites rentes.

Les Offices sont censés avoir pour situation le lieu de leur exercice.

Fin du second Tome.



TABLE DES MATIERES

DES TRAITÉS CONTENUS DANS CE VOLUME.

DES SUCCESSIONS.

D.

E.

R.

S.

Fin de la Table des Matieres du Traité des Successions.

DES PROPRES,

ET DES DONATIONS TESTAMENTAIRES.

D.

E. EFFETS

E.

I.

L.

M.

N.

T.

V.

Fin de la Table des Matieres des Traités des Propres, & des Donations Testamentaires.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS, DES PERSONNES, ET DES CHOSES.

Le

L.

M.

N.

O.

P.

S.

T.

V.

Fin de la Table des Matieres des Traités des Donations Entre-vifs, des Personnes & des Choses.


Stanford Law Library
3 6105 062 582 221